

Gazzetta
FORENSE

maggio - giugno 2014

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 7 - Numero 3 - Maggio/Giugno 2014

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, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Fabio Foglia Manzillo, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Rita Lombardi, Raffaele Manfredi, Gaetanaarena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Daniele Marrama, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Giuseppe Pedersoli, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Balbi, Francesco Barachini, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Manlio Ingrosso, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesaro

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, 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

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 2014

in collaborazione con



PEGASO

Università Telematica

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

SOMMARIO

Editoriale

ETICA E GIUSTIZIA.....	5
di Giuseppina Casella	

Diritto e procedura civile

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DOPO LA CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ.....	10
di Francesca Picierno	

L'INCOMPATIBILITÀ DELL'AZIONE REVOCATORIA CON LA SCISSIONE DI SOCIETÀ	18
di Antonio Picchione	

USURA BANCARIA: IL "DILEMMA" DEGLI INTERESSI MORATORI. CINQUE RAGIONI PER LE QUALI GLI INTERESSI MORATORI NON DOVREBBERO SOTTOSTARE AL TASSO SOGLIA ANTIUSURA	35
di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

TUTELA DELLA PROPRIETÀ TRA AZIONE DI RIVENDICAZIONE E AZIONE PERSONALE DI RESTITUZIONE DEL BENE IMMOBILE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 28 marzo 2014, n. 7305</i>	45
di Daria Valletta	

LA LEGITTIMAZIONE DERIVATIVA DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE PER L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ. <i>Nota a Tribunale di Napoli, sez. spec. imprese, 25 luglio 2013</i>	54
di Luca Caravella	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	70
a cura di Corrado d'Ambrosio e Mario de Bellis	

RASSEGNA DI MERITO	72
a cura di Daniela Iossa, Maria Luigia Ienco e Giorgia Viola	

<i>In evidenza</i> Corte di Cassazione, sez. II, civile, <i>sentenza 11 febbraio 2014, n. 3091</i>	74
---	----

<i>In evidenza</i> Tribunale di Cassino, <i>sentenza 25 marzo 2014</i>	77
---	----

Diritto e procedura penale

OMESSO VERSAMENTO DI IMPOSTE E CRISI DI LIQUIDITÀ DELL'IMPRENDITORE	84
di Luigi Cuomo	

LA SENTENZA DRASSICH E LE SUE IMPLICAZIONI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE PROBLEMATICHE CONCERNENTI IL REATO PERMANENTE	90
di Rossella Catena	

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	103
a cura di Angelo Pignatelli	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	122
a cura di Alessandro Jazzetti e Andrea Alberico	

RASSEGNA DI MERITO	125
a cura di Alessandro Jazzetti e Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

SUL GOVERNO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI NELLA PROSPETTIVA DELLE CITTÀ METROPOLITANE	134
di Alberto Lucarelli e Luca Longhi	
IMPUGNABILITÀ DELL'ESTRATTO DI RUOLO NEL PROCESSO TRIBUTARIO	140
di Carlo Buonauro	
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>)	145
a cura di Almerina Bove	

Diritto tributario

L'ABUSO DEL DIRITTO IN MATERIA TRIBUTARIA: EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE	152
di Antonio Miele	
RECLAMO E MEDIAZIONE NEL PROCESSO TRIBUTARIO: LA NUOVA DISCIPLINA TRA PROBLEMI RISOLTI E NON	157
di Alessia Tomo	

Diritto internazionale

LA POLITICA IMMIGRATORIA DELL'UNIONE EUROPEA IN RAFFRONTO CON LA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN MATERIA DI ASILO	164
di Ornella Orlando	
RASSEGNA DI DIRITTO COMUNITARIO	172
a cura di Francesco Romanelli	

Ordinamento giudiziario

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI	176
di Andrea Penta	

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

In materia di infortuni occorsi agli alunni durante il tempo in cui sono affidati agli insegnanti, è sufficiente per il danneggiato che agisce in giudizio per il risarcimento dei danni, la mera indicazione di questi ultimi e dell'esistenza di un rapporto *ex contractu* per giustificare la propria pretesa risarcitoria?

In che modo si ripartisce, tra le parti in giudizio, l' <i>onus probandi</i> ?	202
di Daniele Graziano	

DIRITTO PENALE

In quali casi il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, da non abitabile ad abitabile, integra il reato di lottizzazione abusiva?

di Giacomo Romano	204
-------------------	-----

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nell'ambito del pubblico impiego, è applicabile l'istituto della sospensione cautelare (contemplato dall'art. 5 del CCNL del personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie locali) nei confronti di un dipendente pubblico condannato in primo grado per il reato di abuso d'ufficio (di cui all'art. 323, comma 2, c.p.) con sentenza penale non definitiva? Il sindacato sulla legittimità di tale provvedimento rientra nella giurisdizione ordinaria ovvero in quella amministrativa?

di Elia Scafuri	208
-----------------	-----

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

L'AUSILIO DIRETTO ALLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE PREVISTO DAL "DECRETO DEL FARE":

I TIROCINANTI IN FORMAZIONE	214
di Rosa Pezzullo	

NUOVE NORME PER LA PREVENZIONE E ALLA REPRESSIONE DELLA TRATTA DI ESSERI UMANI
E ALLA PROTEZIONE DELLE VITTIME. *Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24*

di Giuseppe Sassone	218
---------------------	-----

Recensioni

LA VENDITA DI EREDITÀ di Fernando Greco, Milano 2014	222
di Sara Frizzoni	

INDICE DELLE SENTENZE	224
-----------------------------	-----

Giuseppina Casella
Consigliere del Consiglio Superiore della Magistratura

Editoriale

Etica e giustizia

Ospitiamo in apertura di questo numero una lucida ed attuale riflessione del Consigliere del Consiglio Superiore della Magistratura Giuseppina Casella, la quale pone alcune considerazioni in ordine all'attualissimo tema dell'etica della giustizia ed il suo rapporto con la politica e con i cittadini. Temi sui quali il mondo politico giudiziario si confronterà nei prossimi mesi alla luce delle linee guida del governo per una riforma del pianeta giustizia.

R.C.

Un discorso su etica e giustizia, in occasione della celebrazione del cinquecentario de "Il Principe", non può non partire proprio dal pensiero di Machiavelli.

Al di là delle frettolose e fuorvianti letture, il Machiavelli è il fondatore dell'etica pubblica¹.

Secondo Machiavelli le leggi politiche, in quanto a sé stanti, sono autonome rispetto alle leggi della morale. Le leggi della morale, che provengono da un insegnamento superiore di carattere religioso, teologico, filosofico, hanno validità ma sono estranee al mondo della politica: se si vuole agire nel mondo delle organizzazioni umane, degli Stati, della politica, occorre identificare le leggi specifiche della politica e non sovrapporre alla politica le leggi di un altro mondo, che è il mondo della morale².

Il fondamento di tutto lo sviluppo del pensiero di Machiavelli sta, peraltro, nel suo pessimismo antropologico³ fondato sull'idea che l'umanità è propensa al male e l'uomo è tendenzialmente malvagio. In questo senso Machiavelli si pone sulla stessa linea di grandi pensatori quali, in particolare, Lutero e Hobbes che nell'età moderna, fino a Rousseau che capovolgerà

questa visione, vedono l'uomo come naturalmente incline al vizio.

Il Principe, quindi, è una sorta di *remedium iniquitatis*, un rimedio al male. Per evitare che ci sia uno scatenamento crudele degli egoismi è opportuno ipotizzare un potere superiore che vi metta freno. L'uso della forza da parte del Principe è giustificato perché il male che egli può esercitare evita un male maggiore, perché è in funzione della creazione e del mantenimento dello Stato, che supera la dimensione del prevalere degli egoismi e crea le condizioni del pacifico e ordinato vivere civile.

Il pensiero di Machiavelli, per quanto qui strettamente interessa, offre dunque interessanti spunti di riflessione.

In linea generale, egli sostiene che il fine individuale non può mai essere preordinato al fine superiore della salvezza dell'intera comunità. E non v'è chi non veda come tale insegnamento sia quanto mai attuale, essendo oggi fortemente avvertita l'esigenza di una politica al servizio dell'interesse pubblico e non asseriva all'interesse individuale.

Il Presidente Ciampi⁴, in un recente scritto, ha denunciato che il "male oscuro" che affligge la società italiana ha un'origine culturale ed etica prima e più che politica, economica e sociale: in particolare, per l'affievolirsi dei valori ispirati agli ideali di solidarietà, di rispetto dell'altrui dignità, di integrità morale.

Mi piace anche ricordare che in un articolo apparso sul Corsera qualche tempo fa, a margine delle polemiche per la condanna di alcuni scienziati per via degli eventi sismici accaduti in Abruzzo, Dacia Maraini ha rammentato a tutti "come se non fosse per la magistratura, non sapremmo niente della corruzione

¹ In tal senso è lo scopritore dell'autonomia della politica, come ha sostenuto Benedetto Croce.

² B. CROCE, in *Etica e politica*, Bari, 1931, scrive: «Il nome di Machiavelli è diventato quasi simbolo della pura politica, ed esso segna certamente una forte crisi nello svolgimento della scienza. Non già che l'antichità non avesse alcun sentore della distinzione e dell'antinomia tra politica ed etica: il fatto stesso che la loro materia fu attribuita a due diverse discipline comprova che quella coscienza vi fu».

³ Questa antropologia pessimistica è concentrata nel capitolo XVII, al cui termine si legge: «Perché degli uomini si può dire questo generalmente: che siano ingrati, volubili, simulatori e dissimulatori, fuggitori de' pericoli, cupidi di guadagno; e mentre fai loro bene, sono tutti tua, offerenti el sangue, la roba, la vita, e' figliuoli, come di sopra dissi, quando il bisogno è discosto; ma quando ti si appressa e' si rivoltano».

⁴ In *Comprendere Revue de Politique de la culture*, in *Unità degli Italiani; Unità degli europei*, 2011.

dilagante, degli abusi di potere e del male che una certa classe dirigente priva di scrupoli ha fatto e sta facendo al nostro Paese. Non è giusto, lo so, che il senso morale, l'etica pubblica vengano affidati alla sola magistratura. Ma quando la politica si dimostra inerte, incapace e corrotta, quando non è capace di trovare da sé il marcio che la decompone, per forza di cose la responsabilità passa alla magistratura, e dovremmo ringraziarla perché, nel suo complesso, compie il suo dovere con coraggio e lealtà”.

E le parole della Maraini sono una giusta premessa per interrogarsi, nello specifico, sul rapporto che deve intercorrere fra etica e giustizia.

Può il magistrato farsi portatore di una propria etica o, piuttosto, deve limitarsi ad applicare le leggi, senza sovrapporre a tale compito un ulteriore fine moralmente palinogenetico? E ancora, può il giudice rifiutarsi di applicare una legge che egli senta come ingiusta?

Al primo quesito non possiamo che dare una risposta negativa.

Nel senso che al magistrato non è rimesso il compito salvifico di redimere la società dai mali che la pervadono e non consiste in ciò la ragione principale dell'agire giudiziario.

Il magistrato deve rifuggire da ogni compito indefinitamente etico e deve evitare di disvelarsi pericolosamente quale precipitato della visione dello Stato etico che, a differenza della Stato liberale, decide qual è il comportamento 'eticamente edificante' e, invece di considerare i cittadini portatori di diritti, pretende di educarli. Il magistrato deve svolgere l'arduo compito rimessogli, di applicare la legge nei singoli casi che sono sottoposti alla sua attenzione, operando criticamente e declinando ermeneuticamente la norma. In tal modo, attraverso l'interpretazione, egli contribuisce all'evoluzione della giurisprudenza che, pur rimanendo immutato il diritto positivo, ne dà una lettura diversa a seconda delle diverse contestualizzazioni storiche.

Un plastico esempio ci è fornito dal delitto di adulterio.

Nel nostro Paese la questione della legittimità del reato di adulterio fu posta alla Corte costituzionale, per la prima volta, nel 1961 per contrasto con l'articolo 29 della Costituzione, che sancisce la parità dei coniugi. La Corte costituzionale in quella occasione, con la sentenza 64/1961, dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale e la rigettò, per accoglierla successivamente nel 1968, anno in cui il reato di adulterio fu finalmente riconosciuto come illegittimo.

Ora, nel passare all'analisi della seconda problematica, occorre interrogarsi se possa il magistrato disapplicare una legge che egli ritenga ingiusta.

La legge costituzionale n. 1 del 1948 attribuisce al giudice, all'art.1, il potere/dovere di rimettere alla Corte costituzionale la questione costituzionale di una

legge o di un atto avente forza di legge. Tale attribuzione ha rivoluzionato radicalmente il rapporto fra giudice e la legge: il potere di ciascun giudice di sollevare la questione di costituzionalità dà una dimensione nuova al principio di soggezione del giudice alla legge; spazza via ogni concetto di formalismo giuridico, di interpretazione meccanica e, con esso, la concezione del giudice "bocca della legge". In tal modo il giudice 'si apre' ai giudizi di valore, si confronta con i principi costituzionali, rifugge da semplicistici conformismi interpretativi.

Quindi il giudice, nel caso in cui ritenga che la legge non sia conforme ai principi costituzionali o all'ordinamento sovranazionale, può non applicarla e chiedere l'intervento della Corte Costituzionale.

Non è mancato in sede di assemblea costituente chi abbia tentato di resistere a tale novità, ravvisando in detta possibilità una sorta di insubordinazione del giudice alla legge: per fortuna, queste obiezioni sono state superate e la storia testimonia la bontà della scelta adottata, che ha comportato una progressiva e sempre maggiore affermazione dei principi costituzionali.

Ma, al di là di quest'ipotesi, può il giudice disattendere una legge sol perché la ritenga ingiusta, in quanto non conforme ai propri imperativi morali?

Ad esempio, può un giudice profondamente cattolico non applicare la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza?

Di nuovo la risposta non può che essere negativa.

Ne è prova la sentenza n. 196 della Corte costituzionale del 21 maggio 1987 che ha negato al giudice tutelare il diritto all'obiezione di coscienza nella procedura per l'interruzione della gravidanza della minore e che ha ritenuto che non vi sia disparità di trattamento con il personale sanitario, al quale invece il diritto all'obiezione di coscienza è attribuito dalla legge⁵. E

⁵ In tal senso si esprime la citata sentenza – Va preliminarmente ricordato che la normativa dettata dalla legge in discorso conferisce rilievo alla salute psico-fisica della gestante, essendo la condizione di questa del tutto particolare. In presenza perciò, entro i primi novanta giorni, di "serio pericolo" maggiore o minore di età che la donna sia, secondo parametri ben individuati e circoscritti nella legge viene accordata facoltà alla richiedente di adire le esistenti strutture socio-sanitarie. Gli accertamenti necessari si concludono col rilascio di un documento, di cui la gestante è resa partecipe, abilitante alla interruzione volontaria presso una delle sedi all'uopo autorizzate. Stante i richiamati scopi del contesto di legge, nessuna differenza v'è nelle procedure suddette tra donna maggiore o minore degli anni diciotto.

In ogni altro caso occorre per la donna minore l'assenso degli aventi titolo, sostituibile da quella "autorizzazione a decidere", disposta dal giudice tutelare. Il menzionato provvedimento rientra nell'ambito degli schemi autorizzatori adversus volentem: unicamente di integrazione, cioè, della volontà della minorenni, per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire. Dunque, esso rimane esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravida. Ed una volta che i disposti accertamenti siano identificati quale antecedente specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene; intervenendo

anche più recentemente, la Corte costituzionale (Corte cost., ordinanza 19 luglio 2012, n. 196), in relazione ad un'ordinanza del Tribunale di Spoleto⁶, ha censurato la condotta del giudice rimettente, ritenendo superflua ogni considerazione sull'inammissibilità e l'infondatezza della questione sollevata, posto che nel procedimento dinanzi al giudice tutelare è «attribuito a tale giudice – in tutti i casi in cui l'assenso dei genitori o degli esercenti la tutela non sia o non possa essere espresso – il compito di “autorizzazione a decidere”, un compito che (alla stregua della stessa espressione usata per indicarlo dall'art.12, secondo comma, della legge n. 194 del 1978) non può configurarsi come potestà codecisionale, la decisione essendo rimessa – alle condizioni ivi previste – soltanto alla responsabilità della donna» (ordinanza n. 76 del 1996); e considerando altresì che “non essendo il rimettente chiamato a decidere, o a codecidere, sull'*an* della interruzione della gravidanza, la denunciata norma dell'art. 4 della legge n.194 del 1978, che tale interruzione consente, non viene in applicazione del giudizio *a quo*”.

Ma, volendo allargare gli orizzonti, qualche ulteriore riflessione in ordine al rapporto fra etica interiore e dovere del magistrato di applicare le leggi può derivare da quello che fu l'atteggiamento dei magistrati italiani di fronte alle abominevoli leggi razziali del 1938.

egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità (o incapacità) del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie (per gli interdicensi, ad es., a sensi dell'art. 414 cod. civ.). Né potrebbe, peraltro, indurre a diversa considerazione la dizione della norma secondo cui il giudice “può” autorizzare la donna, poiché il termine è piuttosto da riferire, in particolare, alla attività sostitutiva, anche in presenza di rifiuto da parte della patria potestà.

Tali essendo i ben circoscritti e non cospicui margini di intervento del giudice tutelare (ed integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante abilitata essa sola a decidere) non sussiste disparità col personale sanitario, al quale soltanto – come riconosce la stessa ordinanza di remissione – competono gli accertamenti intesi alla previsione d'aborto: nessuna lesione, perciò, per difetto di omogeneità nei differenti stadi della procedura, ricorre nei confronti dell'art. 3 Cost.

⁶ Il rimettente ha richiamato in premessa la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 ottobre 2011 la quale avrebbe, a suo avviso dato rilievo giuridico all'embrione umano, non solo definendolo tale sin dalla fecondazione, ma considerandolo anche un “soggetto” di primario valore e, in applicazione di tale principio cui egli attribuisce diretta e vincolante per tutti gli Stati membri, ha affermato che risulterebbero, conseguentemente, lesi, dalla norma denunciata, i precetti costituzionali: dell'articolo 2, che garantisce il diritto alla vita anche nella stadio della sua formazione mediante il progressivo sviluppo delle cellule germinali; – dall'art. 32, primo comma, poiché la volontaria distruzione dell'embrione umano recherebbe *vulnus* al diritto alla salute, parimenti riconosciuto a chiunque possieda una individualità giuridicamente rilevante; – degli articoli 11 e 117, primo comma, per elusione dei vincoli derivanti, al legislatore nazionale, dal principio dell'ordinamento comunitario in tema, appunto di tutela dell'embrione umano, come essere provvisto di autonoma soggettività giuridica.

Ricorda Alessandro Galante Garrone, all'epoca dell'emanazione delle leggi razziali giudice del Tribunale di Torino: “la mia prima, ovvia reazione alla legislazione contro gli ebrei fu quella del magistrato, cioè di chi aveva scelto la professione di applicare le norme dell'ordinamento giuridico per la risoluzione dei casi concreti. Che essa fosse una lacerazione dei principi generali di quell'ordinamento, balzava agli occhi di qualsiasi giurista in buona fede e non sprovveduto. (...) Già come modesto cultore e applicatore del diritto, non potevo non sentirmi offeso, al pari di moltissimi miei colleghi, da norme gravemente sovvertitrici del tradizionale sistema che regolava la nostra quotidiana attività giurisdizionale. Si trattò di una prima istintiva reazione di avvocati e magistrati e docenti di scienze giuridiche: una reazione diffusa più di quanto forse non si creda; o allo stato latente, rinchiusa e quasi soffocata nel fondo della propria coscienza, o prudentemente affidata a privati conversari, o anche, in qualche caso, espressa in comportamenti e decisioni formali”.

Il dramma cui furono posti i magistrati italiani più sensibili rimanda alla tragedia sofoclea di Antigone⁷.

Il dialogo fra Antigone e Creonte ripropone il contrasto fra la norma scritta e storicamente giustificata e la coscienza individuale, che si richiama all'assoluto e alla morale divina.

Diritto positivo e diritto naturale si contrappongono: alla legge di Creonte, emessa nell'esercizio di una sovranità riconosciuta come legittima, Antigone oppone la legge alta e non scritta degli dei, alle quali neanche Creonte può derogare.

Il dialogo fra Creonte ed Antigone⁸ costituisce il motore dello sviluppo del diritto nello svolgimento della storia e rappresenta l'esigenza “rivoluzionaria” che il diritto positivo si adegui al diritto naturale.

L'esigenza della coscienza morale, dunque, si traduce in esigenza di riforma, ovvero in esigenza di un nuovo ordine.

Sta qui l'importanza dell'opera ermeneutica e assolutamente indispensabile della giurisprudenza.

Il che richiama un'altra figura di donna, Porzia, che nel “Mercante di Venezia” di Shakespeare, per impedire la mutilazione e, forse, la morte di un uomo che non ha onorato il pagamento di un debito, porta agli estremi la logica del diritto e si appiglia alla lettera della norma (che consentiva di asportare una libbra di carne senza però fare riferimento allo spargimento di sangue).

Dunque, al puritanesimo calvinista di Antigone si contrappone l'arguzia di Porzia, abile più che eroica, saggia ed esperta anziché fanaticamente coraggiosa.

⁷ Sul punto, particolarmente interessante è l'intervento della Guardasigilli, Prof. Paola Severino, all'incontro su *La giurisprudizione e le discriminazioni tra storia e attualità*, in Roma, Consiglio Superiore della Magistratura, in <http://www.giustizia.it>.

⁸ Così osserva TULLIO ASCARELLI, in *Antigone e Porzia*, Problemi giuridici, Milano, 1959, 147 ss.

Porzia afferma la validità del patto; non vi si ribella (apparentemente); non lo taccia di iniquo. Però lo interpreta e, interpretandolo, lo riduce a nulla. La legge positiva è salva, ma è pure superata: il problema, dunque, non è più la giustezza o legittimità della legge, ma la sua esatta portata⁹.

Allora, il dramma si risolve non più nel negare il patto sociale, ma affermandolo nei limiti della sua validità, interpretandolo, con un procedimento che spieghi, sviluppi, restringa il comando legislativo.

Nel caso di Antigone, dunque, la coscienza si pone contro la legge esistente; nel caso di Porzia la coscienza si pone entro la legge e riesce a trasformarla e ad adeguarla al valore della giustizia.

Decisiva, dunque, è l'opera ermeneutica del giudice che consente di ricondurre il rapporto fra etica e giustizia su un piano appagante, grazie alla costante ricerca dell'interpretazione costituzionalmente conforme, in grado di ritrovare e valorizzare nelle singole disposizioni normative quei significati che meglio inverano i valori morali e sociali provenienti della Carta Costituzionale e dal costituzionalismo multilivello.

Ed in tempi in cui si annunciano profonde riforme della giustizia, occorre che anche il legislatore abbia a mente che esse non sono mai soltanto relative all'adozione di strumenti meramente tecnici, ma involgono, per definizione, fondamentali valori costituzionali e principi basilari dello Stato di diritto.

Le possibili modifiche all'assetto giudiziario e giurisdizionale esistente devono, dunque, essere teologicamente dirette a coniugare efficienza e tutela dei diritti, in una sintesi ragionata e coerente, perché una senza l'altra non realizza una giustizia efficace ed effettiva ma rischia di tradursi un burocratico efficientismo, in interpretazione meccanica, in formalismo decisionale privo di rigore critico e di capacità evolutiva.

⁹ In tal senso, TULLIO ASCARELLI, *op. cit.*

Diritto e procedura civile

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DOPO LA CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ	10
di Francesca Picierno	
L'INCOMPATIBILITÀ DELL'AZIONE REVOCATORIA CON LA SCISSIONE DI SOCIETÀ	18
di Antonio Picchione	
USURA BANCARIA: IL "DILEMMA" DEGLI INTERESSI MORATORI. CINQUE RAGIONI PER LE QUALI GLI INTERESSI MORATORI NON DOVREBBERO SOTTOSTARE AL TASSO SOGLIA ANTIUSURA	33
di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	
TUTELA DELLA PROPRIETÀ TRA AZIONE DI RIVENDICAZIONE E AZIONE PERSONALE DI RESTITUZIONE DEL BENE IMMOBILE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 28 marzo 2014, n. 7305</i>	45
di Daria Valletta	
LA LEGITTIMAZIONE DERIVATIVA DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE PER L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ. <i>Nota a Tribunale di Napoli, sez. spec. imprese, 25 luglio 2013</i>	54
di Luca Caravella	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	70
a cura di Corrado d'Ambrosio e Mario de Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	72
a cura di Daniela Iossa, Maria Luigia Ienco e Giorgia Viola	
<i>In evidenza</i> Corte di Cassazione, sez. II, civile, <i>sentenza 11 febbraio 2014, n. 3091</i>	74
<i>In evidenza</i> Tribunale di Cassino, <i>sentenza 25 marzo 2014</i>	77



La responsabilità degli amministratori dopo la cancellazione della società

sommario

1. L'efficacia della cancellazione della società dal registro delle imprese. - 2. Le conseguenze processuali derivante dalla cancellazione della società e la responsabilità dei soci verso i creditori sociali. - 3. La responsabilità dei liquidatori: presupposti e natura. - 4. La responsabilità per i crediti tributari. - 5. Le sopravvenienze attive. - 6. La disciplina applicabile alle società di persone.

1. L'efficacia della cancellazione della società dal registro delle imprese

La cancellazione della società dal registro delle imprese altro non è che l'atto finale del procedimento di liquidazione, che inizia con l'approvazione del bilancio finale di liquidazione.

È ormai del tutto pacifico che la cancellazione dal registro delle imprese di una società (sia di persone che di capitali) determini la sua estinzione e la conseguente perdita della sua soggettività e capacità processuale, tuttavia nel tempo si sono succeduti diversi orientamenti che hanno condotto, talvolta, anche a soluzioni diametralmente opposte.

Prima della riforma organica della disciplina societaria, attuata con il d.lgs. n. 6/2003, la materia era regolata dal secondo comma dell'art. 2456 c.c. per le s.p.a. che, in via estensiva, veniva applicato anche ad altri tipi di società di capitali.

Sulla portata di tale disposizione, in base alla quale "dopo la cancellazione della società i creditori non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi", si riscontravano, tuttavia, opinioni divergenti tra la prevalente dottrina e la giurisprudenza.

Secondo la dottrina, infatti, la cancellazione della società dal registro delle imprese aveva efficacia "costitutiva", con la conseguenza che dal momento della cancellazione, con l'approvazione del bilancio finale di liquidazione, la società doveva ritenersi estinta senza attendere l'effettiva definizione di tutti i rapporti giuridici pendenti¹.

La giurisprudenza, al contrario, nell'esigenza di tutelare i creditori che potevano altrimenti vedere pregiudicati i propri diritti, era orientata verso la diversa soluzione secondo cui l'effettiva estinzione non conseguisse all'adempimento formale della cancellazione, ma solo in seguito alla completa definizione dei rapporti pendenti, anche di tipo processuale, con la conseguenza che la cancellazione era ritenuta presupposto necessario, ma non sufficiente a realizzare l'estinzione della società².

Secondo tale orientamento, la cancellazione aveva un'efficacia meramente dichiarativa, determinando solo una presunzione di estinzione della società, destinata a venir meno a fronte dell'emergere di rapporti giuridici non definiti nel corso delle operazioni di liquidazione, sicché i creditori sociali rimasti insoddisfatti, nonostante l'avvenuta cancellazione, potevano

ex art. 2456 c.c., in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 376; ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, *ivi*, 2002, II, p. 99; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 659; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, p. 452; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, Torino, 1999, p. 553; COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, I, 2, Padova, 1999, p. 185; BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in SCHLESINGER (a cura di), *Il codice civile, Commentario*, Milano, 1995, p. 468; D'ALESSANDRO, *Le società: scioglimento e liquidazione*, in *Giur. merito*, 1988, p. 437; MILLOZZA, *La liquidazione del patrimonio sociale*, in *Società*, 1983, p. 459; FRÈ, *Commento sub art. 2456*, in SCIALOJA-BRANCA, (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1982, p. 906; SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, II, p. 290.

² Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10314, in *Rep. Foro it.*, 2004, n. 48; Cass. civ., 20 ottobre 2003, n. 15691, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 2374; Cass. civ., 24 settembre 2003, n. 14147, in *Giur. it.*, 2004, p. 1004; Cass. civ., 18 agosto 2003, n. 12078, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 1905; Cass. civ., 4 luglio 2003, n. 10606, in *Fall.*, 2004, p. 670; Cass. civ., 26 aprile 2001, n. 6078, in *Mass. Foro it.*, 2001, p. 917; Cass. civ., 2 agosto 2001, n. 10555, in *Mass. Giur. it.*, 2001, 899; Cass. civ., 1 luglio 2000, n. 8842; Cass. civ., 4 ottobre 1999, n. 11021, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 2064; Cass. civ., 20 ottobre 1998, n. 10380, in *Giur. comm.*, 2000, 4, II, p. 281; Cass. civ., 5 settembre 1996, n. 8099 e Cass. civ., 27 maggio 1996, n. 4884, in *Società*, 1996, p. 889; Cass. civ., 13 luglio 1995, n. 10065; Cass. civ., 2 maggio 1994, n. 4214; App. Milano, 2 dicembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 1213; App. Milano, 12 marzo 2003, in *Società*, 2004, p. 469; Trib. Torino, 19 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 544; Trib. Napoli, 7 novembre 1994, in *Giust. civ.*, 1995, p. 268.

¹ ZAGARESE, *Sopravvenienze passive e responsabilità del liquidatore*

ancora agire nei confronti della società in persona dei liquidatori, fino ad arrivare a richiederne la dichiarazione di fallimento³.

Naturale conseguenza di tale interpretazione giurisprudenziale era il permanere della capacità giuridica e della soggettività in capo alle società anche dopo la cancellazione dell'iscrizione nel registro delle imprese, fornendo, in tal modo, piena garanzia ai creditori che avrebbero potuto agire direttamente non solo nei confronti dei singoli soci, nei limiti delle somme ad essi assegnate in base al bilancio finale di liquidazione e dei liquidatori, qualora il mancato pagamento fosse dipeso da colpa di questi ultimi, ma anche e soprattutto nei confronti della società cancellata.

Secondo la Suprema Corte "posto che l'atto formale di cancellazione di una società commerciale dal registro delle imprese non ne determina l'estinzione ove non siano esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa e da questa intrattenuti con i terzi, ne consegue che qualora, nel corso delle operazioni di liquidazione, sia stata omessa la definizione di un determinato rapporto, il creditore, oltre che agire in via sussidiaria nei confronti dei soci "pro quota" ex art. 2456, comma 2, c.c., può anche esperire azione autonoma e diretta contro la società, in persona del liquidatore, allo scopo di far valere nei confronti della medesima, il proprio credito rimasto insoddisfatto"⁴.

Veniva inoltre riconosciuta la possibilità di ripristinare lo *status quo ante* e di procedere alla cancellazione della cancellazione ove fossero successivamente emerse delle passività.

Con la riforma del 2003 il legislatore, cercando di porre fine a tutte queste diverse interpretazioni sulla portata applicativa della norma in questione, ha introdotto, all'inizio del secondo comma dell'art. 2495 c.c., l'inciso "fermo restando l'estinzione della società", come a voler intendere l'estinzione della società quale "ferma" conseguenza della cancellazione della stessa dal registro delle imprese.

Secondo la giurisprudenza formatasi successivamente all'entrata in vigore della novella, la nuova norma ha inteso attribuire efficacia costitutiva alla cancellazione del registro delle imprese, pertanto l'iscrizione della cancellazione della società nel registro delle imprese comporta la definitiva estinzione della società a prescindere da eventuali sopravvenienze attive o passive⁵.

³ Cass. civ., 8 luglio 2004, n. 12553; Cass. civ., 2 agosto 2001, n. 10555; Cass. civ., 12 giugno 2000, n. 7972.

⁴ Così, testualmente, Cass. civ., 4 ottobre 1999, n. 11021. In senso conforme: Cass. civ., 8 luglio 2004, n. 12553; Cass. civ., 29 maggio 1999, n. 5233; Cass. civ., 11 marzo 1998, n. 2676. In senso contrario, App. Milano, 29 novembre 2002; Trib. Vercelli, 5 luglio 2002; Trib. Monza, 12 febbraio 2001.

⁵ Cass. civ. 16 luglio 2010, n. 16758; Cass. civ., 12 dicembre 2008, n. 29242; Cass. civ., 15 ottobre 2008, 25192; Cass. civ., 18 settembre 2007, n. 19347; Cass. civ., 28 agosto 2006, n. 18618; Trib. Napoli, 13 novembre 2013; Trib. Treviso, 19 febbraio 2009,

Principio poi definitivamente confermato dalle sezioni unite della Suprema Corte con diverse pronunce, a partire dal 2010 (ci si riferisce, in particolare, alle sentenze del 22 febbraio 2010, nn. 4060, 4061 e 4042)⁶ e a quelle del 12 marzo 2013, nn. 6070, 6071 e 6072).

I creditori insoddisfatti, pertanto, non potranno più far valere i loro diritti nei confronti della società, poiché una volta che questa si è estinta, l'eventuale domanda nei confronti dell'ente verrebbe rigettata per difetto di legittimazione passiva della stessa⁷.

Per evitare, però, che i creditori sociali corrano il rischio di una totale insoddisfazione delle proprie ragioni creditorie, il legislatore ha mantenuto la previsione secondo la quale i soci rispondono fino a concorrenza di quanto percepito in sede di liquidazione e, comunque, i liquidatori rispondono qualora il mancato pagamento dei debiti sociali sia dipeso da colpa ad essi imputabile.

L'estinzione della società comporta, dunque, il venir meno del suo patrimonio, che viene suddiviso fra i soci e diventa di titolarità *pro quota* di questi ultimi: ne deriva che il patrimonio della società entra a far parte di quello personale dei soci, confondendosi con questo, con conseguente esposizione anche alle aggressioni da parte degli eventuali creditori particolari dell'*ex socio*.⁸

Tra l'altro, con le sopra citate pronunce a sezioni unite, la Cassazione ha affermato l'importante principio per il quale la nuova norma trova applicazione anche alle cancellazioni iscritte prima dell'entrata in vigore della disposizione (1 gennaio 2004), precisando che l'effetto estintivo, in tali casi, decorre dalla data di entrata in vigore della legge⁹.

in *Società*, 2010, p. 355, con commento di ZAGRA, *Effetti irreversibili della cancellazione di società di capitali dal registro delle imprese*.

⁶ Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 2010, nn. 4061, 4061 e 4062, in *Società*, 2010, p. 1004, con nota di DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal Registro delle imprese*.

⁷ Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22830.

⁸ In dottrina si è ipotizzato di ravvisare nella quota di liquidazione degli *ex soci* un patrimonio – autonomo o separato – destinato in via esclusiva alla soddisfazione dei creditori della società, di modo che i creditori sociali, quand'anche fossero costretti, a causa dell'estinzione irreversibile dell'ente, ad agire esecutivamente nei confronti dei singoli soci, conserverebbero integro il diritto di prelazione loro accordato durante la vita della società e non subirebbero il concorso dei creditori personali dei soci. I creditori sociali potrebbero, in questo modo, agire con preferenza ed esclusione del concorso dei creditori particolari dei soci, su quanto questi ultimi hanno percepito dalla liquidazione: in altri termini i beni liquidati formerebbero una massa patrimoniale distaccata dagli altri beni personali dei soci, avente una propria destinazione ed un regime giuridico differenziato da quello del patrimonio residuo (POSITANO, *L'estinzione della società per azioni fra tutela del capitale e tutela del credito*, Milano, 2012, pp. 125 ss.)

⁹ Cass. civ., sez. un., 20 febbraio 2010, nn. 4061 e 4062, cit.

2. Le conseguenze processuali derivante dalla cancellazione della società e la responsabilità dei soci verso i creditori sociali

Come sopra evidenziato, prima della riforma si riteneva che anche dopo la cancellazione della società questa conservasse la legittimazione sia attiva che passiva in giudizio.

In seguito alle modifiche legislative, si è affermato che per effetto di tale evento viene meno la soggettività dell'ente e, con essa, la sua capacità processuale, nonché la legittimazione attiva e passiva dei suoi organi, la quale, relativamente ai processi in corso, si trasferisce ai singoli soci¹⁰: questi ultimi, infatti, in seguito all'estinzione, divengono non solo responsabili nei confronti dei creditori sociali per i crediti rimasti insoddisfatti, ma anche partecipi della comunione sui beni residuati dalla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione, con la conseguente configurabilità di una successione a titolo universale che dà luogo, sul piano processuale, all'applicabilità dell'art. 110 c.p.c.

In giurisprudenza si sono riscontrati sul punto diversi orientamenti.

Un primo modello interpretativo ha escluso che, in presenza di crediti insoddisfatti o di ogni altro tipo di rapporto non definito, i soci fossero legittimati a stare in giudizio quali successori della società a titolo universale o particolare, con la conseguenza che non potrebbe dichiararsi l'interruzione del processo dovendo al contrario essere dichiarata la cessazione della materia del contendere¹¹.

Secondo altro orientamento, invece, in caso di cancellazione in corso di causa, il processo deve essere interrotto per l'irreversibile estinzione della società ed eventualmente riassunto nei confronti dei (oppure dai) soci cessati, che andrebbero qualificati come successori a titolo universale o particolare della società ai sensi dell'art. 110 c.p.c.¹².

A composizione di tale contratto, la Suprema Corte, pronunciandosi a sezioni unite, già nel 2010 con le sentenze nn. 4060, 4060 e 4062 e, successivamente, di recente, con le sentenze – sempre a sezioni unite – nn. 6070, 6071 e 6072 del 2013 ha espressamente affermato che, qualora all'estinzione della società, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si verifica un fenomeno di tipo "successorio", in virtù del quale le obbligazioni si trasferiscono ai soci, i quali ne rispon-

dono nei limiti di quanto percepito a seguito dell'attività di liquidazione o illimitatamente, a seconda della loro posizione di responsabilità per i debiti sociali durante la gestione della società¹³.

Secondo la Cassazione, la cancellazione della società impedisce che essa possa ammissibilmente agire o essere convenuta in giudizio; nel caso, però, di estinzione in pendenza di un giudizio in cui la società sia parte, al fini di evitare che la stessa, con un comportamento unilaterale sfugga al controllo dei propri creditori, vanificando la realizzazione dei loro crediti, è indispensabile che i debiti si trasferiscano in capo ai soci, che ne rispondono nei limiti sanciti dall'art. 2495 c.c.

Dunque, secondo il ragionamento della Corte di legittimità, si determina un effetto interruttivo, al pari dell'evento della morte della persona fisica, con il trasferimento della legittimazione attiva e passiva in capo ai soci e, quindi, con la possibilità di riassunzione del processo nei confronti dei soci cessati¹⁴.

Ne consegue che i creditori eventualmente rimasti insoddisfatti potranno agire non più nei confronti della società, ma solo nei confronti dei soci, nei limiti delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento dipenda da colpa di questi ultimi.

La disposizione pone un limite quantitativo ben preciso alle richieste che i creditori sociali possono avanzare nei confronti degli *ex* soci, difatti essi possono pretendere solo le somme riscosse dai soci in base al bilancio finale di liquidazione.

I soci rispondono anche con gli acconti di liquidazione che eventualmente avessero percepito durante il procedimento di liquidazione.

È noto che, a certe condizioni, il legislatore permette il pagamento di acconti sulla liquidazione; l'art. 2491, secondo comma, c.c., prevede infatti che i liquidatori possano ripartire tra i soci degli acconti sul risultato finale della liquidazione qualora tale ripartizione non incida sulla "disponibilità di somme idonee alla integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali".

¹³ Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, in *Società*, 2013, 536 ss., con commento di FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli "effetti tombali" della cancellazione delle società di capitali*; in *Notariato*, 2013, p. 251, con commento di IACCARINO, *Interpretazione della valenza innovativa dell'art. 2495 c.c. ad opera della Cassazione dal 2008 al 2013*; in *Riv. dott. commercialisti*, 2013, p. 397, con nota di PIANTELLI, *La successione della società cancellata dal registro delle imprese: una nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla sorte dei rapporti giuridici sostanziali e processuali della società estinta*; in *Corr. giur.*, con nota di CONSOLO-GODIO, *Le Sezioni Unite sull'estinzione di società: la tutela creditoria "ritrovata" o quasi*.

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, cit.: secondo la Suprema Corte, l'ente collettivo, la sua struttura organizzativa, la sua personalità giuridica, sono del tutto strumentali, pertanto, venuta meno la società, riemerge il "sostrato personale" che ne è alla base.

¹⁰ Cass. civ., 6 novembre 2013, n. 24955; Cass. civ., 20 settembre 2013, n. 21517.

¹¹ App. Napoli, 28 maggio 2008. In senso sostanzialmente conforme, Trib. Torino, 17 maggio 2010, secondo cui l'eventuale riassunzione della causa nei confronti dei soci dovrà essere dichiarata inammissibile.

¹² Cass. civ., 6 giugno 2012, n. 9110, in *Giust. civ., mass.*, 2012, 6, 741; Cass. civ., 16 maggio 2012, nn. 7676 e 7679; Trib. Verona, 30 maggio 2011.

Vale la pena soffermarsi brevemente sulla circostanza in cui i conferimenti promessi all'atto della costituzione della società non vengano poi integralmente eseguiti. Tale questione è affrontata espressamente dal legislatore nel contesto della liquidazione, dove si prevede che "se i fondi disponibili risultano insufficienti per il pagamento dei debiti sociali, i liquidatori possono chiedere proporzionalmente ai soci i versamenti ancora dovuti" (art. 2491, comma 1, c.c.).

Il problema si pone però qualora solo dopo l'estinzione della società emergano dei crediti di terzi: in questa ipotesi non pare possibile, atteso il tenore letterale dell'art. 2495, secondo comma, c.c., che i creditori possano pretendere che i soci effettuino i conferimenti ancora dovuti; tale disposizione, infatti, limita espressamente la responsabilità dei soci alle somme da questi riscosse.

Per ciò che concerne la prescrizione dei diritti dei creditori nei confronti dei soci, in assenza di apposita previsione normativa, occorre chiedersi se debba applicarsi l'ordinario termine di prescrizione decennale, oppure se debba farsi riferimento ad una delle ipotesi di prescrizione breve fissate dall'art. 2949 c.c.

Alla luce delle novità introdotte dal legislatore, si è andato consolidando l'orientamento, già prevalente, favorevole alla prescrizione quinquennale, ferma restando la decorrenza dalla data in cui la società viene cancellata dal registro delle imprese.

Ad avviso della Suprema Corte, infatti, "i rapporti sociali ai quali si applica la prescrizione breve di cui all'art. 2949 c.c. si riferiscono a quei diritti che derivano dalle relazioni che si istituiscono fra i soggetti dell'organizzazione sociale in dipendenza diretta con il contratto di società e delle situazioni determinate dallo svolgimento della vita sociale, mentre ne restano esclusi tutti gli altri che trovano la loro ragion d'essere negli ordinari rapporti giuridici che una società può contrarre al pari di ogni altro soggetto"¹⁵.

Inoltre, si ritiene che ciascun socio risponde per l'intero debito nei confronti dei terzi, fatta salva, naturalmente, qualora un unico socio abbia pagato il complessivo debito, la possibilità di esperire azione di regresso nei confronti degli altri soci per le quote di loro spettanza.

In conclusione, può dirsi, quindi, che la riforma del diritto societario, modificando la formulazione dell'art. 2495 c.c., ha attribuito all'iscrizione della cancellazione della società efficacia costitutiva, con la conseguenza che la società è definitivamente estinta e per le eventuali sopravvenienze passive rispondono, oltre che i soci, nei limiti di quanto percepito, i liquidatori, se i creditori insoddisfatti provino che il mancato soddisfacimento dei propri crediti derivi da colpa di questi ultimi.

3. La responsabilità dei liquidatori: presupposti e natura

La legge si esprime nel senso che, compiuta la liquidazione, il liquidatori devono approvare il bilancio finale di liquidazione, indicando eventualmente la parte spettante a ciascun socio derivante dalle azioni di liquidazione dell'attivo e richiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

È bene chiarire che la presentazione della domanda di cancellazione costituisce per i liquidatori un dovere, stabilito dall'art. 2495, comma 1, c.c., la cui omissione o il ritardo potrebbe comportare l'applicazione di una sanzione, ma anche rilevare sotto il profilo della responsabilità civile.

L'assenza di specifiche disposizioni circa la durata del termine entro il quale i liquidatori devono procedere all'adempimento, ha portato a ritenere che, in ogni caso, essi debbano procedere entro "un termine ragionevole", da valutarsi con riferimento alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

I liquidatori hanno il compito di gestire la liquidazione della società e di garantire il soddisfacimento dei creditori, nei limiti delle risorse disponibili, nell'ottica della massimizzazione dei ricavi della liquidazione delle attività.

Nello svolgere la loro attività essi sono tenuti all'osservanza di una precisa diligenza professionale; recita, infatti, l'art. 2489, secondo comma, c.c., "i liquidatori debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico e la loro responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori".

Qualora tali professionalità e diligenza non fossero osservate, i liquidatori possono essere chiamati a rispondere nei confronti dei creditori sociali.

In particolare, il secondo comma dell'art. 2495 c.c. prevede che i liquidatori possano essere ritenuti responsabili nei confronti dei creditori sociali, qualora il mancato pagamento dei loro crediti sia dipeso da loro colpa.

La responsabilità dei liquidatori si fonda su due presupposti, uno di natura oggettiva, relativo al mancato soddisfacimento di debiti sociali e l'altro di natura soggettiva, consistente nella riconducibilità del mancato pagamento al comportamento doloso o colposo di questi, per cui la lesione dei diritti dei creditori si sostanzia nel mancato adempimento dei doveri legali e statuari che fanno capo ai liquidatori.

Ovviamente l'elemento soggettivo della colpa o del dolo andranno valutati caso per caso, tenendo conto della diligenza richiesta dal legislatore in relazione alla natura dell'incarico.

Nella prassi, la responsabilità dei liquidatori si ritiene sussistente qualora il mancato pagamento di debiti sociali sia dipeso, sostanzialmente, dall'inefficace massimizzazione dei ricavi nella liquidazione delle

¹⁵ Cass. civ., 1 giugno 1993, n. 6107.

attività o, comunque, da un'errata distribuzione delle risorse sociali.

Ipotesi tipica è quella in cui la vendita dei beni sociali avviene a prezzi troppo bassi rispetto al valore di mercato degli stessi, con la conseguenza che rimangono poche risorse a disposizione per soddisfare tutti i creditori. In tali casi potrà essere addebitata la responsabilità solo quando la vendita avviene colpevolmente ad un prezzo inferiore; occorrerà ricostruire il valore di mercato del bene in un dato momento e confrontarlo con l'effettivo e concreto prezzo di realizzo e, qualora la divergenza fosse significativa e non giustificata, potrebbe addebitarsi una condotta colposa.

Una situazione simile si realizza nel caso di illegittima svalutazione di crediti in sede di redazione del bilancio finale o mancata acquisizione di attivo facilmente recuperabile, cioè quando i liquidatori omettano di attivarsi seriamente per incassare crediti della società agevolmente recuperabili, così finendo per ridurre l'attivo eventualmente distribuibile ai creditori.

I liquidatori potranno anche essere ritenuti responsabili¹⁶ qualora, facendo affidamento sulle risultanze della contabilità sociale senza svolgere gli opportuni accertamenti sulla reale situazione patrimoniale, abbiano trascurato crediti di terzi che, invece, erano facilmente riconoscibili: si tratta dell'ipotesi in cui nel bilancio finale di liquidazione non venga registrato un credito, con l'effetto che le risorse disponibili vengono distribuite agli altri creditori a danno di quello escluso.

Altra ipotesi di colpa può aversi quando i liquidatori omettano di richiedere ai soci i versamenti ancora dovuti oppure abbiano distribuito incautamente acconti a questi ultimi.

Proprio con riferimento a quest'ultima fattispecie, si è detto sopra che la distribuzione è possibile solo laddove dai bilanci risulti che la ripartizione non incida sulla disponibilità di somme idonee alla integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali.

Il liquidatore che paghi incautamente acconti ai soci in violazione di questa disposizione si rende responsabile nei confronti dei creditori in quanto, in sostanza, produce l'effetto di privilegiare i soci a danno dei creditori. In particolare, in tali casi, la contestazione sarà possibile quando i liquidatori omettano di chiedere idonee garanzie ai soci.

Ad ogni modo, la responsabilità del liquidatore va esclusa quando il mancato soddisfacimento di un debito sociale dipenda dalla mancanza di qualsiasi risorsa economica necessaria per poter procedere al pagamento.

Peraltro, dalla giurisprudenza di merito è stato anche chiarito che la mancata richiesta, da parte del liquidatore, del fallimento o dell'ammissione ad altra procedura concorsuale, non integra di per sé un pro-

filo di responsabilità, in assenza della specifica dimostrazione della circostanza che tale declaratoria avrebbe permesso di pervenire alla soddisfazione dei creditori sociali¹⁷.

La responsabilità dei liquidatori ha un fondamento ed un contenuto diversi da quelli della responsabilità dei soci: mentre questa si basa, come si è visto, sulla natura successoria della vicenda estintiva della società e prescinde da ogni valutazione sull'atteggiamento assunto dai soci nel corso della liquidazione, quella dei liquidatori, invece, si fonda su un comportamento anti-giuridico di questi ed è subordinata all'accertamento della colpa (o del dolo).

Tra l'altro, il diverso fondamento giuridico esclude che le due responsabilità siano tra loro legate da un vincolo di solidarietà.

In giurisprudenza si è sostenuto che l'azione nei confronti dei liquidatori può cumularsi con quella esperita dai creditori nei confronti dei soci qualora i liquidatori abbiano provveduto alla distribuzione a questi ultimi di acconti sul riparto finale di liquidazione, ma poi le risorse disponibili si siano rivelate insufficienti al soddisfacimento dei creditori della società; in tali casi alla responsabilità dei soci si affiancherà quella dei liquidatori che, erroneamente, abbiano valutato le risorse disponibili e non si siano preventivamente cautelati pretendendo dai soci idonee garanzie¹⁸, fatta salva, comunque, l'azione di rivalsa nei confronti dei soci, qualora i liquidatori abbiano pagato in tutto o in parte i creditori sociali.

La Suprema Corte ha osservato che il risarcimento del danno cui è tenuto il liquidatore dà luogo ad un debito di valore, avendo come contenuto la reintegrazione del patrimonio della società danneggiata nella situazione economica preesistente al verificarsi dell'evento dannoso, con la conseguenza che nella liquidazione del risarcimento deve tenersi conto della svalutazione monetaria verificatasi tra il momento in cui si è prodotto il danno e la data della liquidazione effettiva.

Quanto alla natura della responsabilità, secondo l'orientamento prevalente si tratta di azione tipicamente extracontrattuale per lesione del diritto di credito, conseguente alla violazione del vincolo di destinazione impresso al patrimonio sociale a garanzia dei creditori, da parte dei soggetti tenuti per legge a preservarne l'integrità dopo lo scioglimento della società.

In realtà, la responsabilità in tal senso dei liquidatori viene vista come un adattamento alla fattispecie, della responsabilità nei confronti dei creditori sociali, disciplinata dall'art. 2394 c.c., con la peculiarità, però, che la responsabilità dei liquidatori opera a prescindere dal requisito dell'insufficienza patrimoniale richie-

¹⁶ Trib. Roma, 19 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2013, p. 241, App. Salerno, 14 giugno 2007, in *Foro it.*, 2007, c. 2579; Trib. Napoli, 7 marzo 2006, in *Società*, 2007, p. 1002.

¹⁷ Trib. Roma, 9 novembre 2011, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 1071; Trib. Milano, 14 novembre 2007, in *Società*, 2009, 8, p. 1045.

¹⁸ Trib. Firenze, 7 settembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 562.

sto, invece, dall'art. 2394 c.c.; inoltre, il generico riferimento alla "colpa" nel testo dell'art. 2495 c.c., allarga la responsabilità degli stessi ad ogni comportamento colposo che abbia, comunque, impedito il pagamento del credito.

Ed invero, come quella degli amministratori nei confronti dei creditori sociali, anche quella dei liquidatori è responsabilità da fatto illecito, disciplinata in via generale dall'art. 2043 c.c. e che nell'art. 2495 c.c. trova solo un richiamo.

Ricade, pertanto, in capo al creditore l'onere di provare l'esistenza del credito, l'inadempimento da parte della società, la condotta colposa o dolosa dei liquidatori ed il nesso di causalità con il mancato pagamento del credito¹⁹; mentre la colpa è presunta in caso di pendenze giudiziarie o altri crediti conosciuti o conoscibili dal liquidatore con l'ordinaria diligenza o sulla base dell'esistenza nel bilancio finale di liquidazione di una massa attiva che sarebbe stata sufficiente a soddisfare il credito ed invece è stata ripartita tra i soci.

Dalla natura extracontrattuale della responsabilità dei liquidatori discendono rilevanti conseguenze in ordine all'onere probatorio.

Spetterà, infatti, ai creditori l'onere di dimostrare l'esistenza, nel bilancio finale di liquidazione, di una massa attiva che sarebbe stata sufficiente a soddisfare (in tutto o in parte) le proprie ragioni e che, invece, è stata distribuita ai soci oppure utilizzata per pagare solo alcuni creditori, violando la cosiddetta *par condicio creditorum*; in alternativa deve essere dimostrato che il liquidatore abbia posto in essere una condotta colposa o dolosa con la quale abbia impedito la costituzione o la conservazione del patrimonio attivo nell'interesse sia dei soci che dei creditori.

In merito alla prescrizione dei diritti dei creditori nei confronti dei liquidatori, valgono le stesse considerazioni svolte in merito alla posizione dei soci, con conseguente applicabilità del termine quinquennale (cd. "breve") di cui all'art. 2949 c.c.

4. La responsabilità per i crediti tributari

La disciplina civilistica deve essere coordinata con il regime delle responsabilità e degli obblighi degli amministratori, liquidatori e soci derivanti dal mancato pagamento delle imposte sui redditi da parte dell'ente rappresentato.

Non vi è dubbio che anche ai fini fiscali, la cancellazione della società, debba spiegare effetti costitutivi ai sensi dell'art. 2495, secondo comma, c.c., con la conseguenza dell'estinzione automatica della società in seguito alla sua cancellazione dal registro delle imprese, indipendentemente dalla possibile sopravvivenza di rapporti patrimoniali, sostanziali o processuali²⁰.

Con specifico riferimento alla disciplina tributaria, tuttavia, occorre evidenziare che, in base all'art. 36, primo comma, d.P.R. n. 602/1973, gli amministratori di società di capitali "rispondono in proprio del pagamento delle imposte" dovute dalla società solo "se soddisfano crediti di ordine inferiore a quelli tributari o assegnano beni a soci senza aver prima soddisfatto i crediti tributari"²¹.

Il terzo comma della citata disposizione, invece, è rivolto agli *ex* soci "che hanno ricevuto nel corso degli ultimi due periodi imposta precedenti alla messa in liquidazione, denaro o altri beni sociali in assegnazione dagli amministratori o hanno avuto in assegnazione beni sociali dai liquidatori durante il tempo della liquidazione", prevedendo la loro responsabilità per il pagamento delle imposte dovute dalla società (estinta) "nei limiti del valore dei beni stessi".

La responsabilità dei liquidatori, dunque, dovrà essere provata dalla sussistenza congiunta di vari presupposti, quali l'esistenza di un debito fiscale della società per imposte dirette, la mancata soddisfazione dei debiti tributari nonostante la presenza di attività nel patrimonio della società in liquidazione, o la distrazione e l'utilizzo di tali attività per finalità diverse dal pagamento delle imposte dovute²².

Inoltre tale responsabilità non si riferisce solo alle passività note, in quanto cristallizzate in atti impositivi già notificati, ma anche a passività non ancora definite.

I liquidatori, infatti, possono essere chiamati a rispondere, oltre dell'inadempimento dell'obbligo di pagare con le attività della liquidazione le imposte dovute dalla società, anche del mancato accantonamento delle somme necessarie al pagamento delle future e prevedibili maggiori imposte, derivanti da successivi

²¹ L'art. 36 del d.P.R. n. 602/1973 opera solo in materia di imposte dirette e non si estende all'Irap ed all'Iva, non potendo la norma essere interpretata in via estensiva, atteso il divieto di applicazione analogica sancito dall'art. 19 d.lgs. n. 46/1999.

²² Secondo Cass. civ., 10 maggio 1995, n. 9688, la responsabilità del liquidatore per il mancato pagamento delle imposte, non è fondato sul dolo o sulla colpa, ma ha la sua fonte in un'obbligazione *ex lege* di cui lo stesso è responsabile secondo le norme comuni contenute negli artt. 1176 e 1218 c.c. Più precisamente si è affermato che "la responsabilità dei liquidatori, degli amministratori e dei soci di società in liquidazione, in presenza dell'integrazione delle distinte fattispecie previste dall'art. 36 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, per l'ipotesi di mancato pagamento delle imposte sul reddito delle persone giuridiche i cui presupposti si siano verificati, è responsabilità per obbligazione propria *ex lege* (per gli organi, in base agli artt. 1176 e 1218 c.c., e per i soci di natura sussidiaria), avente natura civilistica e non tributaria, non ponendo la norma alcuna successione o coobbligazione nei debiti tributari a carico di tali soggetti" (Cass. civ., 11 maggio 2012, n. 7327). Inoltre in giurisprudenza si è affermata la sussidiarietà della responsabilità dei liquidatori, dal momento che può avviarsi sempre che i tributi a carico della società siano stati iscritti a ruolo e che sia stato accertato legalmente che gli stessi non siano stati soddisfatti con le attività di liquidazione (Cass. civ., 23 aprile 2008, n. 10508; in senso conforme, Cass. civ., 17 giugno 2002, n. 8685; Cass. civ., 15 ottobre 2001, n. 12546).

¹⁹ Trib. Milano, sez. VIII, 14 novembre 2007; Trib. Torre Annunziata, 16 dicembre 2008.

²⁰ Cass. civ., 15 gennaio 2014, n. 665; Cass. civ., 18 agosto 2006, n. 18618.

avvisi di accertamento che l'amministrazione finanziaria potrebbe notificare dopo l'avvenuta cancellazione²³.

Ovviamente, la responsabilità sarà limitata all'importo dei crediti d'imposta che avrebbero trovato capienza in sede di graduazione dei crediti, cioè di quella quota di imposte sui redditi che si sarebbe potuta pagare con l'attivo risultante dalla liquidazione, qualora fosse stato rispettato l'ordine di graduazione dei debiti sociali.

La portata estintiva della cancellazione della società comporta, da un lato, che la sussistenza di un rapporto tributario non definito non potrà, in alcun modo, al pari degli altri rapporti pendenti, far rivivere l'ente disciolto e, dall'altro, che l'amministrazione finanziaria non potrà più emanare e notificare atti impositivi alle società, ormai estinte, ma solo contare, al verificarsi di determinate condizioni, sulla responsabilità di *ex* soci, liquidatori ed *ex* amministratori.

Dunque, il creditore erariale, insoddisfatto in seguito all'effetto estintivo della cancellazione, dovrebbe attivarsi con un autonomo procedimento accertativo nei confronti del singolo socio, richiedendo a quest'ultimo solo quella parte dell'imposta riferibile alla società estinta, corrispondente alla quota del capitale che ha ricevuto in assegnazione²⁴.

5. Le sopravvenienze attive

Prima della riforma, anche dopo l'avvenuta cancellazione della società dal registro delle imprese, qualora fossero emerse delle sopravvenienze attive, la società in persona del liquidatore avrebbe potuto agire nei confronti del debitore per la tutela dei propri crediti.

Dopo la riforma la situazione è cambiata²⁵.

²³ Per quanto simili, le responsabilità previste dagli artt. 2495 c.c. e 36 d.P.R. n. 602/1973, in realtà differiscono per le seguenti ragioni: (i) per l'ambito temporale: l'art. 2495 c.c. individua un intervallo temporale limitato al bilancio finale di liquidazione, mentre l'art. 36 d.P.R. 602/1973 comprende anche i due periodi di imposta anteriori alla fase di liquidazione; (ii) dal punto di vista oggettivo: l'art. 36 del decreto riguarda in maniera specifica ed esclusiva l'Ires non assolta dalla società di capitali, mentre nell'art. 2495 c.c. sembrerebbero rientrare anche gli altri tributi, considerato che non è prevista alcuna differenziazione relativa alla tipologia dei crediti; (iii) dal punto di vista soggettivo: l'art. 36 d.P.R. n. 602/1973 si differenzia dall'art. 2495 c.c. in quanto quest'ultimo non prevede espressamente una responsabilità degli amministratori per i due anni precedenti la liquidazione; inoltre il primo prevede una responsabilità per fatto proprio e di tipo oggettivo per i liquidatori, a differenza di quella civilistica che richiede, invece, l'elemento soggettivo della colpa.

²⁴ L'atto impositivo notificato dovrà illustrare, a pena di nullità della motivazione, il saldo attivo effettivamente riscosso dal socio, costituendo questo il limite della sua responsabilità. In aggiunta, o in alternativa, l'avviso di accertamento dovrà indicare il debito tributario dovuto per il periodo della liquidazione e per i periodi anteriori e il comportamento colposo imputabile ai liquidatori da cui far discendere il mancato pagamento del debito tributario da parte della società.

²⁵ Sull'argomento si veda, IACCARINO, *Sopravvenienze attive alla cancellazione della società: soluzioni operative dopo l'ultimo orien-*

Secondo una parte della dottrina, data l'irreversibile estinzione della società, le eventuali sopravvenienze attive non consentirebbero la reviviscenza o persistenza della società già estinta, pertanto il venir meno del soggetto titolare del credito non estinguerebbe il credito stesso, che ricadrebbe in comunione ordinaria tra gli ex soci in proporzione della loro quota di conferimento.

Soluzione avallata anche da una parte della giurisprudenza, che ha affermato come le sopravvenienze attive emerse successivamente alla cancellazione della società dal registro delle imprese diano luogo ad un fenomeno di successione in capo ai soci, che ne comporta il riparto tra loro, in regime di comunione ordinaria²⁶.

Secondo altri, invece, le sopravvenienze o le sopravvenienze attive possono comportare la "cancellazione della cancellazione" della società, secondo le modalità di cui all'art. 2191 c.c.²⁷.

In realtà occorre effettuare una distinzione tra le c.d. "sopravvenienze", ovvero le attività non liquidate e le c.d. "sopravvenienze" attive, cioè i crediti ed i beni che, sorgendo solo dopo l'avvenuta liquidazione, non risultano dal bilancio finale.

Secondo la ricostruzione operata dalla Suprema Corte²⁸, bisogna distinguere "le mere pretese, ancorché azionate, o azionabili in giudizio", relativamente alle quali "non vi sia ancora la possibilità di individuare con sicurezza un bene definito nel patrimonio sociale", da iscrivere conseguentemente nel bilancio finale, dai beni, i crediti e, comunque, tutti quei valori, di sicura identificazione, che avrebbero dovuto figurare nel bilancio finale e che, se fossero stati riportati, sarebbero stati ripartiti tra i soci.

Per i primi, trattandosi di pretese e diritti di credito non ancora liquidi, se il liquidatore non ha esercitato o coltivato apposite azioni, ma ha proceduto alla cancellazione della società dal registro delle imprese, il suo contegno può essere ragionevolmente interpretato come una tacita ed univoca manifestazione della volontà di rinunciare ad essi e, pertanto, non costituiscono situazioni giuridiche trasmissibili ai soci.

In tali casi, secondo autorevole dottrina, dovrà riconoscersi al creditore sociale la possibilità di superare tale "rinuncia tacita" e, dunque, di agire al fine di "concretizzare la potenziale situazione giuridica soggettiva attiva prima facente capo alla società poi estintasi"²⁹.

In merito si ritiene, altresì, che lo strumento idoneo a tal fine sia l'azione surrogatoria ai sensi dell'art. 2900

tamento della Cassazione, in *Società*, 2009, p. 544.

²⁶ Tra le tante, Trib. Bologna, 8 ottobre 2010.

²⁷ SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro, La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 824; Trib. Como, 24 aprile 2007.

²⁸ Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070 e 6071, cit.

²⁹ CONSOLO-GODIO, *Le Sezioni Unite sull'estinzione della società: la tutela creditoria "ritrovata" o quasi*, cit.

c.c., che permette al creditore di agire per il recupero di poste attive, stante la protratta inerzia della società nel coltivare le proprie ragioni; con la precisazione che, estintasi ormai la società, il creditore dovrà surrogarsi non ad essa, bensì agli *ex soci*.

Per ciò che concerne, invece, la seconda circostanza, ovvero l'esistenza di beni, crediti e, comunque, tutti quei valori, di sicura identificazione, che avrebbero dovuto figurare nel bilancio finale e che, invece, non sono stati riportati, si è affermato che i soci subentrano nei rapporti attivi non definiti con la liquidazione in forza del medesimo meccanismo successorio che regola il loro *sub* ingresso nei debiti sociali, secondo le proporzionali quote di partecipazione dell'ente dissolto.

6. La disciplina applicabile alle società di persone

Per ragioni di ordine sistematico le regole che valgono per le società di capitali sono applicabili anche a quelle di persone³⁰.

A riguardo la giurisprudenza è sembrata sin da subito concorde nell'affermare che la normativa vigente per le società di capitali rappresenta, comunque, principi generali in grado di armonizzare il sistema con riguardo all'effetto della cancellazione dal registro delle imprese, per tutti i tipi di società³¹.

La natura costitutiva riconosciuta agli effetti delle cancellazioni per le società di capitali comporta che, anche per le società di persone, a garanzia della parità di trattamento dei terzi creditori di entrambi i tipi di società, si abbia una vicenda estintiva analoga a quella delle società di capitali³².

La situazione delle società di persone si differenzia da quella delle società di capitali in quanto, come affermato da ultimo dalla Suprema Corte, la pubblicità della cancellazione ha un valore meramente dichiara-

tivo, superabile con prova contraria, che deve basarsi non sul fatto statico dell'esistenza di rapporti non definiti ancora pendenti, ma su quello dinamico che la società abbia continuato ad operare³³.

La prova contraria, infatti, non può vertere sulla mera presenza di rapporti sociali ancora non definiti, altrimenti ci si troverebbe di fronte ad un risultato sostanzialmente identico alla situazione preesistente la riforma societaria; la presunzione di estinzione, pertanto, può essere superata solo ove venga dimostrato che la società abbia continuato ad operare ed esistere anche dopo l'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese.

In tali casi potrà richiedersi la cd. "cancellazione della cancellazione", ai sensi dell'art. 2191 c.c., qualora tale formalità "è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge".

Tuttavia è bene ricordare che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la "resurrezione" del soggetto estinto possa avvenire solo a fronte della prova che la società abbia continuato la propria attività di impresa (assumendo nuovi debiti e generando nuovi rapporti), risultando all'uopo irrilevanti la persistenza, la scoperta, l'insorgenza di poste attive o passive, o l'ipotesi che la cancellazione sia stata richiesta prima che le operazioni di liquidazione si fossero concluse³⁴.

Peraltro, l'uniformità della disciplina trova ragione anche nell'art. 10 l. fall., come novellato dal d.lgs. n. 5/2006, secondo cui il fallimento può essere dichiarato entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, ove le sopravvenienze attive e passive, o la pendenza di processi, non incidono sulla decorrenza del termine annuale entro il quale è possibile dichiarare il fallimento di un'impresa cancellata.

³⁰ Secondo SALAFIA, *Estensione alle società di persone del nuovo art. 2495 c.c.*, in *Società*, 2010, p. 568, "a ciò non osta il fatto che tali società non siano direttamente interessate dal riformato art. 2495 c.c. e siano, invece, regolate dall'invariato disposto dell'art. 2312 c.c. (integrato, per le società in accomandita semplice, dal successivo art. 2324 c.c.), norma priva della clausola di salvezza dell'effetto estintivo. Anche nelle società di persone, infatti, la cancellazione attesta la dissoluzione dell'impresa collettiva, talché si impone una rilettura dell'art. 2312 c.c., coordinata col testo attuale dell'art. 2495 c.c.".

³¹ Sul punto si veda ALLECA, *Le Sezioni Unite e l'estinzione delle società a seguito della cancellazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 637.

³² Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, n. 6071 e n. 6072; Cass. civ., sez. un., 20 febbraio 2010, n. 4060, n. 4061 e n. 4062; Cass. civ., 13 novembre 2009, n. 24037, in *Riv. not.*, 2010, p. 1395, con nota di BOGGIALI-RUOTOLO, *Efficacia estintiva della cancellazione delle società di capitali e di persone nel registro delle imprese*; Cass. civ., 15 ottobre 2008, n. 25192, in *Società*, 2009, p. 877, con nota di RONCO, *Cancellazione dal registro ed estinzione delle società di persone*; ID., in *Notariato*, 2009, p. 268, con nota di BALDASSARRE, *La cancellazione dal registro delle imprese e la società di persone: un nuovo indirizzo giurisprudenziale*; in *Riv. not.*, 2010, I, p. 191, con nota di TIMPANO, *La cancellazione delle società di persone dal Registro delle imprese: il revirement della Cassazione*.

³³ Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070, cit., Cass. civ., sez. un., 9 aprile 2010, n. 8426, in *Notariato*, 2010, p. 639, con nota di SPOLIDORO, *Nuove questioni sulla cancellazione delle società davanti alle Sezioni Unite*.

³⁴ In dottrina: SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro, La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, cit.; UNGARI-TRANSATTI, *Gli effetti della cancellazione dal registro delle imprese della società di persone e la continuazione dell'impresa in forma individuale del socio superstite*, in *Riv. not.*, 2005, I, p. 818. In giurisprudenza: Cass. civ., 8 luglio 2004, n. 12553, in *Riv. Not.*, 2005, p. 818; Trib. Milano, 11 giugno 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 2572; Trib. Cuneo, 16 aprile 2012, in *Società*, 2013, p. 400.

L'incompatibilità dell'azione revocatoria con la scissione di società

sommario

1. Note introduttive. - 2. L'opposizione dei creditori *ex art.* 2503 c.c. - 3. L'invalidità della scissione e l'applicabilità dell'*art.* 2504-*quater* c.c. - 4. Gli effetti della scissione *ex art.* 2506-*quater* c.c. - 5. L'opposizione dei creditori nella fusione. - 6. Sull'invalidità della fusione. - 7. Considerazioni conclusive.

1. Note introduttive

La questione dell'assoggettabilità o meno della scissione societaria¹ a revocatoria² è argomento fortemen-

¹ Con il d.lgs. 22.06.2012, n. 123 si è provveduto a dare attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2009/109/CE, che modifica le direttive 77/91/CEE, 78/855/CEE, 82/891/CEE e 2005/56/CE per quanto riguarda gli obblighi in materia di relazioni e di documentazione in caso di fusioni e scissioni. Cfr. BUSANI A., *Ma... internet "semplifica" davvero fusioni e scissioni?*, in *Società*, 2012, p. 1029; NASTRI M., BECHINI U., *Perduti nel web: pubblicazione del progetto di fusione sul sito Internet della società*, in *Società*, 2012, p. 1035.

² L'azione revocatoria ha la funzione di "neutralizzare" gli atti di disposizione compiuti dal debitore, i quali, diminuendo la garanzia patrimoniale, sono potenzialmente pregiudizievoli delle ragioni del creditore. Sull'azione revocatoria in generale v. CORRADO, *La revoca degli atti in pregiudizio dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 107; NATOLI, *Azione revocatoria*, voce *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 888; NICOLÒ, *Dell'azione revocatoria*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1953, p. 198; DE MARTINI, *Azione revocatoria*, voce *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1957, p. 152; DISTASO, *I presupposti dell'azione revocatoria*, in *Banca borsa*, 1972, p. 117; FERRI L., *Della trascrizione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1995, p. 54; LUCCHINI GUASTALLA, *L'azione revocatoria ordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 423.

L'azione è pertanto quella di tutelare l'interesse del creditore contro atti di disposizione del debitore, incidenti in modo pregiudizievole sulla consistenza del suo patrimonio: tale finalità eminentemente cautelare si realizza attraverso la dichiarazione di inefficacia dell'atto di disposizione del debitore e consente poi l'esperimento di azioni cautelari ed esecutive sul bene distratto. La dottrina ha definito tale inefficacia relativa e parziale (NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, VI, artt. 2900-2906, *sub art.* 2901, Bologna-Roma, 1953, p. 1988) o doppiamente relativa (D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Tratt. Rescigno*, 20, II, Torino, 1998, p. 166). Il fondamento di tale inefficacia è ricondotto ora ad una limitazione qualitativa del potere di disporre gravante sull'obbligato (NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, cit., p. 192), ora ad una illiceità dell'atto stesso sostenuta o dal dolo generico (consapevolezza del pregiudizio) o dal dolo speci-

te dibattuto in dottrina³, scarno è il panorama giurisprudenziale, ove si rinvencono solo alcune sentenze di merito, con assenza di pronunce di legittimità.

Una parte della dottrina sostiene che la sola attribuzione ai creditori del potere di opporsi alla scissione non esclude l'ammissibilità dell'azione revocatoria⁴.

Per una parte della giurisprudenza⁵, l'inammissibilità della dichiarazione di invalidità della scissione non pregiudica la questione della revocabilità dell'operazione.

Per mantenere ferma la scissione la legge considera ininfluenti i vizi che ne dovrebbero a rigore determinare l'invalidità, quindi nessun rilievo potranno avere i vizi astrattamente idonei a comportarne la mera inefficacia relativa⁶. Il piano dei vizi (sulla delibera-

fico (preordinazione del pregiudizio), in tal senso BETTI, *Teoria generica delle obbligazioni*, 3, IV, Milano, 1955, p. 184. Si tratta di una inefficacia originaria, cioè coeva all'atto e l'azione diretta a farla valere è un'azione di mero accertamento dell'inefficacia originaria e non di nullità né costitutiva.

³ Cfr. DI MARCELLO T., *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 62.

⁴ MONTALDO F., *Scissione societaria e revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2004, p. 1144. Stessa conclusione per altra parte della dottrina in riferimento alla costituzione di un patrimonio destinato, cfr. FRASCAROLI SANTI E., *Prime riflessioni sugli effetti della riforma societaria sulle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 71; SCARAFONI S., *I patrimoni di destinazione: profili societari e fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 89; LENZI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di Cerri D., Pisa, 2004, p. 245; SANTOSUOSSO D.U., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 370. *Contra* FIMMANÒ F., *Le destinazioni "industriali" dei patrimoni sociali*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 841, nt. 86; LOCORATOLO S., *Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 125; GEMMA A., *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, p. 133; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati e azioni revocatorie (tra diritto attuale e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 299. Quando si parla di "patrimonio separato" si intende un patrimonio per sempre riferito o riferibile, imputato o da imputarsi, agganciato almeno in prospettiva ad un soggetto, ma da questo in qualche modo, in qualche misura distinto ed allontanato, così FERRO LUZZI P., *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 128.

⁵ Trib. Palermo, 26.01.2004, in *Giur. comm.*, 2007, p. 253.

⁶ SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo G.E., PORTALE G.B., Torino, 2004, VII-2, pp. 294-295, p. 366; cfr. FIMMANÒ F., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fallimento*, 2005, p. 1116.

zione e sul procedimento) è esclusivamente societario, invece, il difetto al quale la revoca tende a porre rimedio consiste nel danno perpetrato ai creditori sociali dalla società scissa e dai soci che hanno deciso l'operazione⁷.

Un orientamento ritiene che l'azione revocatoria sia incompatibile con l'istituto della scissione⁸.

I creditori della scissa hanno a disposizione un determinato arco di tempo per opporsi all'operazione, dopodiché l'unico rimedio all'inadempimento della società a cui il credito risulta assegnato rimane quello di far valere la responsabilità delle altre nei limiti del patrimonio netto loro assegnato, salvo il diritto al risarcimento del danno. Quindi, decorso inutilmente il termine fissato per l'opposizione, gli effetti della scissione sarebbero irrettrabili⁹. Le norme sulla scissione costituiscono un sistema chiuso, non integrabile dalle disposizioni generali¹⁰.

Un altro orientamento non ravvisa ostacoli all'esercizio dell'azione revocatoria, ritenendo che tale rimedio si ponga su un piano diverso e non assorbente rispetto a quello su cui si collocano le disposizioni specificamente dedicate alla scissione¹¹.

L'art. 2506 c.c. identifica l'oggetto dell'assegnazione alle società beneficiarie in una "parte del patrimonio" della scissa. La scissione può quindi separare dalla scissa ogni tipo di *asset*, purché questo non si sottragga ad essere designato come quota del patrimonio della scissa¹².

La scissione è stata concepita dal legislatore per una riorganizzazione dell'assetto societario tale da articolare in diversi comparti le molteplici attività eventualmente esercitate da un unico soggetto giuridico. L'istituto quindi consente alla compagine sociale di affidare ad ogni società l'esercizio di una diversa attività della

scissa. L'oggetto dell'assegnazione alla scissionaria è un'azienda o un ramo d'azienda¹³.

L'evanescenza della nozione di "parte del patrimonio" permette alle società di impiegare la scissione, oltre che per la razionalizzazione delle attività che fanno capo alla scissa, anche per ulteriori finalità¹⁴. Le finalità possono rispondere all'obiettivo di estrapolare alcuni beni dal contesto aziendale per inserirli in una diversa struttura imprenditoriale. Lo scopo può anche essere quello di destinare il controvalore per l'assegnazione di determinati cespiti ai soci invece che alla scissa.

Altre finalità, estranee ad esigenze di razionalizzazione dell'attività della scissa, possono essere quelle di proteggere beni di particolare valore strategico dall'aggressione dei creditori e ripartire un'unitaria struttura aziendale in quote di patrimonio assegnate a diverse società.

Nel caso in cui la scissione risponde all'esigenza di razionalizzare l'attività della scissa l'assegnazione delle nuove quote ai soci esprime una semplice frammentazione del contenuto delle precedenti partecipazioni sociali, nell'altro caso l'assegnazione delle nuove partecipazioni determina il conseguimento di un vantaggio dei soci a danno dei creditori. Il vantaggio può essere conseguito o sotto forma di diminuzione del rischio d'insolvenza o mediante l'inserimento dei soci in una società con maggiori margini di profitto.

Secondo parte della giurisprudenza di merito, l'atto di scissione di società, che assegni alla beneficiaria attività sensibilmente più elevate delle passività, è revocabile quale atto oneroso con prestazioni sproporzionate¹⁵.

Altra parte della giurisprudenza ha, invece, precisato che è inammissibile l'azione revocatoria fallimentare di una scissione di società già perfezionata¹⁶.

L'ultima decisione sull'argomento è del Tribunale di Catania¹⁷, il quale sostiene la tesi della revocabilità e rileva che l'art. 2506 c.c. si riferisce all'aspetto "riorganizzativo" della scissione, caratterizzato dall'assegnazione del patrimonio. In riferimento alla decisione della S.C. in materia di fusione¹⁸, il Tribunale siciliano

⁷ Cfr. in tema di revocatoria dei conferimenti, PORTALE G.B., *La mancata attuazione del conferimento in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo G.E., Portale G.B., Torino, 2004, I-3, p. 647.

⁸ SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo G.E., Portale G.B., Torino, 2004, VII, 2, pp. 294 e 366; PALMIERI G.M., *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, p. 240, nt. 95; FIMMANÒ F., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, in *Società*, 2002, p. 1380, nt. 4; FERRI G., *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, p. 184, nt. 2, secondo l'Autore deve più in generale "escludersi la revocabilità dei mutamenti statutari, dati i presupposti e gli effetti della pauliana, e la natura delle modificazioni statutarie".

⁹ SCOGNAMIGLIO G., *ult. op. cit.*, 294, p. 366.

¹⁰ D'ALESSANDRO F., *Intervento*, in *Sulla fusione e sulla scissione – dialogo con Floriano D'Alessandro e Alessandro Pedersoli*, a cura di Pescatore, Di Sabato, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 192.

¹¹ SERRA A., *Scissione e modificazioni del contratto sociale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II, Padova, 1992, p. 684; in senso dubitativo DENOZZA F., *La scissione di società*, in AA.VV., *Impresa e società. Nuove tecniche comunitarie*, Milano, 1992, p. 95.

¹² Ritiene possibile che ciò accada GALGANO F., *Scissione di società*, in *Vita not.*, 1992, p. 503.

¹³ GALGANO F., *ult. op. cit.*, p. 502.

¹⁴ TAMBURRINI M., *Sub art. 2506 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti A., Padova, 2005, IV, p. 2582.

¹⁵ Trib. Livorno, 02.09.2003, in *Fallimento*, 2004, p. 1138, con nota di MONTALDO F.; Trib. Palermo, 26.01.2004, in *Giur. comm.*, II, 2007, 253, con nota di DAVIGO D.

¹⁶ Trib. Roma, 11.01.2001, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1050, con nota di DI GRAVIO.

¹⁷ Trib. Catania, 09.05.2012, in *Vita not.*, 2012, p. 278; in *Riv. not.*, 2012, p. 728; in *Fallimento*, 2013, p. 983.

¹⁸ Cass., sez. un., 08.02.2006, n. 2637, in *Società*, 2006, p. 459, con nota di DIMUNDO F., *Effetti processuali della fusione: le sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1211; in *Foro it.*, 2006, I, c. 1739, con le note di RORDORF R., PAOLA I., DALFINO D.; in *Corr. giur.*, 2006, p. 795, con nota di MELONCELLI F., *Fusione di società e interruzione del processo civile*. La Cassazione con un'innovativa pronuncia, ha statuito che la fusione non comporta l'estinzione di uno o più soggetti e correlati-

ritiene che la scissione deve essere inquadrata come una vicenda modificativa-evolutiva che determina una successione della beneficiaria nel complesso dei rapporti giuridici facenti capo alla scissa. Tuttavia, nel caso in cui il rapporto di cambio fra la società scissa e le beneficiarie sia stato strutturato in modo non bilanciato, l'operazione può essere fatta rientrare nel campo dei negozi a prestazioni non eque e, quindi, revocabili. Questa considerazione, sempre ad avviso dello stesso Tribunale, viene rafforzata partendo dall'analisi dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c., secondo cui il creditore può chiedere che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio, con i quali il debitore rechi pregiudizio delle sue ragioni.

L'art. 2506 *ter*, quinto comma, c.c. (che richiama l'art. 2503 c.c.), prevede che i creditori della società possono fare opposizione alla scissione entro sessanta giorni dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese. Come vedremo, alcuni autori ritengono che decorsi i citati sessanta giorni i creditori sociali non hanno più alcuno strumento per contrastare gli effetti della scissione.

Di contro deve essere considerato come l'azione revocatoria fallimentare viene esercitata dal curatore a beneficio della massa dei creditori, sicché l'eventuale inopponibilità dell'atto oggetto di revocatoria è destinata ad operare anche nei confronti di chi sia diventato creditore del fallito oltre il termine dei sessanta giorni.

Laddove l'opposizione prevista dall'art. 2506-*ter*, quinto comma, c.c., è mezzo di difesa singolare, l'azione revocatoria fallimentare è funzionale ad una vigilanza collettiva, quindi riguardante l'insieme dei creditori concorsuali.

vamente la creazione di uno nuovo e diverso, ma si risolve in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo. Il provvedimento era stato reso con riferimento agli effetti processuali della fusione; infatti, veniva affrontata e risolta la questione dell'interruzione dei processi civili. L'ordinanza ha messo in evidenza che il soggetto giuridico risultante dalla fusione, proprio perché conserva la propria identità, non perde la capacità processuale e, pertanto, il processo non si interrompe ex art. 300 c.p.c. La S.C. ha accolto la "teoria modificazionista" sul fondamento del dato letterale introdotto della riforma del 2003, che non fa più riferimento alle società estinte (v. art. 2504-*bis* c.c.). Nello stesso senso cfr. anche Cass., 23.06.2006, n. 14526, in *Società*, 2006, p. 1381; Cass., 23.01.2007, n. 1476, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1755; in *Corr. giur.*, 2007, p. 1257, con note di MIOTTO L., MELONCELLI F., *La cassazione sul caso Carnelutti – La sorte della società fusa: estinzione, continuità o trasformazione? Tre problemi di metodo*; Cass., 28.02.2007, n. 4661; Cass., 24.10.2007, n. 22330; Cass., 03.05.2010, n. 010653; *contra* Cass., 22.08.2007, n. 17855; Cass., 10.12.2008, n. 28989; Cass., 28.05.2008, n. 14066; Cass., 23.10.2008, n. 25618. Parte della giurisprudenza di merito non pare aver mutato orientamento, v. Tar Puglia-Bari, 23.08.2007, n. 1981; Trib. Reggio Calabria, 17.06.2008; Trib. Venezia, 19.06.2008. Sul tema v. anche Trib. Mantova, 18.06.2003; Trib. Oristano, 03.03.2005; Trib. Mantova, 09.06.2005.

Occorre osservare come il curatore fallimentare sia soggetto terzo sia rispetto alla società scissa, sia rispetto ai creditori sociali *uti singuli* considerati e come lo stesso non avrebbe potuto giovare dello strumento dell'opposizione.

Si può condividere l'assunto secondo cui il perfezionarsi del procedimento di scissione, attraverso gli adempimenti pubblicitari prescritti dalla legge, osti alla possibilità di esperire l'azione revocatoria, in ragione della previsione dell'art. 2504-*quater* c.c., che preclude la pronuncia dell'invalidità della scissione¹⁹.

È evidente che gli effetti della scissione ostacolano l'azione revocatoria, proprio perché quest'ultima è un rimedio di carattere generale per la tutela conservativa del diritto di credito, la cui operatività è esclusa dalla stessa disciplina in tema di invalidità dell'atto di scissione.

L'azione revocatoria potrebbe determinare una invalidità degli effetti della scissione, e non la semplice dichiarazione di inefficacia parziale della scissione nei confronti dei creditori pregiudicati dalla stessa operazione²⁰.

Il potenziale pregiudizio della scissione per i creditori va identificato: nel caso della scissione mediante incorporazione in società preesistenti, nella confusione del patrimonio della scissa con quello della beneficiaria; in ogni caso di scissione, nella divisione del patrimonio sociale con conseguente frazionamento della garanzia patrimoniale²¹; nella diminuzione di tipo *qualitativo* del patrimonio della scissa²². Il legislatore, in ragione di ciò, predispone a tutela dei creditori gli istituti dell'opposizione e della responsabilità solidale per i debiti della scissa in capo alle società coinvolte nella scissione.

L'opposizione dei creditori alla scissione è un rimedio preventivo che mira a paralizzare la scissione stessa e può essere esperito da ogni soggetto che sia creditore prima della pubblicazione del progetto di scissione, nel termine di sessanta giorni dall'iscrizione

¹⁹ Cass., 20.12.2005, n. 28242, in *Impresa*, 2006, 4, p. 698, nonché in *Mass. giust. civ.*, 2005, p. 12: la disposizione di cui all'art. 2504-*quater* c.c., richiamata anche per le operazioni di scissione dall'art. 2504-*novies* (oggi art. 2506-*ter* c.c.), secondo cui, una volta eseguita l'iscrizione dell'atto di fusione delle società, l'invalidità dello stesso non può più essere dichiarata, pone una preclusione di carattere assoluto, che riguarda tanto il caso in cui si deducano vizi inerenti direttamente all'atto di fusione, quanto l'ipotesi in cui i vizi concernano il procedimento di formazione dell'atto e della sua iscrizione; tale preclusione rimane operante anche nel caso in cui si asserisca che l'impugnativa è meramente preordinata ad una futura ed ipotetica azione di risarcimento del danno nei confronti degli amministratori o di terzi. Cfr. sull'argomento Trib. Milano, 08.09.2003.

²⁰ Diversamente da quanto stabilito da parte della giurisprudenza di merito (Trib. Livorno, 02.09.2003, cit.), la revocatoria non può essere strumentale all'attuazione di cui all'art. 2506-*quater*, comma 3, c.c.

²¹ SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, cit., p. 281.

²² Cfr. DI MARCELLO T., *op. cit.*, p. 94.

nel registro delle imprese della delibera di scissione. Se non vi è stata opposizione entro i sessanta giorni, il procedimento di scissione si perfeziona con la stipula dell'atto corrispondente.

Legittimati all'opposizione quindi sono i creditori anteriori all'iscrizione (o pubblicazione) prevista *ex art. 2501-ter*, terzo comma, c.c.²³, in quanto gli altri creditori, avendo fatto credito alla società dopo l'iscrizione del progetto nel registro delle imprese (o alla pubblicazione sul sito internet della società²⁴), sono stati posti in condizione di sapere che la società loro debitrice intendeva addivenire alla scissione e dunque non possono dolersi dell'attuazione dell'operazione²⁵.

Quindi i soli creditori che possono legittimamente lamentare un pregiudizio giuridicamente rilevante sono quelli le cui ragioni di credito siano sorte successivamente al deposito della modificazione del progetto di scissione nel registro delle imprese, che in quanto tali non sono legittimati a fare opposizione. Gli altri creditori infatti sono tutelati dal diritto sancito dall'art. 2503 c.c., che assorbe qualsiasi doglianza che essi possano addurre laddove la scissione rechi loro pregiudizio e che non sia coperta da garanzie loro spettanti *ex lege*²⁶.

La legge non richiede che ai fini della legittimazione all'opposizione il credito vantato dai creditori presenti determinate caratteristiche²⁷, quindi devono

²³ L'art. 12 della sesta direttiva comunitaria recita: "le legislazioni degli Stati membri devono prevedere un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione per i crediti che siano anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione e che non siano ancora scaduti al momento della pubblicazione".

²⁴ Sulle "modalità sicure" di pubblicazione dei documenti su un dato sito v. BUSANI A., *op. cit.*, p. 1032; cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *La copia conforme di un pagina WEB: natura giuridica e modalità operative*, Studio n. 7-2007/IG, approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica (11.05.2007).

²⁵ ARTALE G., *Commento all'art. 2503*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di Bonfante G., Corapi D., Marziale G., Rordorf R., Salafia V., Milano, 2004, p. 1312; CACCHI PESSANI S., *Commento all'art. 2503*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti P.G., Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M., Artt. 2498-2506 *quater*, Milano, 2006, p. 723.

²⁶ È stato osservato in materia di fusione che, anche per i creditori posteriori all'iscrizione del progetto, il pregiudizio deve avere la stessa natura di quello che consentirebbe ai creditori anteriori alla pubblicità di proporre opposizione, essere cioè il concreto pregiudizio consistente nella diminuzione della garanzia patrimoniale offerta da ciascuna società ai rispettivi creditori derivante dal tipico effetto della fusione: la confusione dei patrimoni (LAURINI F., *Progetto di fusione e flessibilità del procedimento*, in *Notariato*, 2000, p. 587).

²⁷ È discusso se possa opporsi il creditore che sia anche socio e abbia votato a favore della scissione. In tal caso infatti alcuni sostengono che il voto favorevole implicherebbe un consenso *tout court* all'operazione e dunque impedirebbe l'opposizione (VALERIO S., *Il diritto di opposizione alla fusione*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 729, nt. 18), secondo altri, sul piano formale, le due posizioni rimangono autonome ed in linea di principio una stessa persona potrebbe ritenersi favorevole alla scissione o fusione quale socio, ma danneggiato come creditore (FIMMANÒ F., *Funzioni*,

ritenersi avere titolo all'opposizione anche i titolari di: crediti non liquidi e non esigibili, crediti non pecuniari, crediti muniti di garanzie reali e personali o di privilegi, crediti a termine o derivanti da titoli condizionati²⁸, crediti contestati²⁹.

Avvenuta l'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese, non può più esserne pronunciata l'invalidità³⁰; infatti, in favore dei creditori della scissa residua una tutela di tipo obbligatorio, costituita dalla responsabilità solidale per i crediti della scissa in capo alle società beneficiarie della scissione nei limiti del patrimonio netto loro assegnato³¹, oltre che in ogni caso dal risarcimento del danno da scissione.

I rimedi endosocietari delineati, come analizzato nelle seguenti brevi note, sono tassativi e costituiscono un sistema chiuso, il quale soddisfa anche le residuali esigenze della revocatoria³².

La scissione quindi è stata ideata dal legislatore come mezzo per ricondurre l'organizzazione societaria ad un assetto razionale³³. Se la scissione è preordinata a questo fine, l'istituto non può pertanto essere integrato da strumenti di tutela non espressamente richiamati dalle relative disposizioni.

2. L'opposizione dei creditori *ex art. 2503 c.c.*

La funzione dell'azione revocatoria di tutela della garanzia patrimoniale generica dei creditori è assolta esclusivamente dallo strumento dell'opposizione *ex art. 2503 c.c.*³⁴, anche se le caratteristiche degli istituti restano differenti³⁵. L'istituto della opposizione dei creditori è ispirato alla esigenza di evitare che la scissione arrechi pregiudizio ai creditori stessi. La norma,

forma ed effetti dell'opposizione alla fusione, in *Società*, 1998, p. 433).

²⁸ È stato rilevato che l'art. 1356, c.c., riconosce alle parti, in pendenza di condizione sospensiva o risolutiva, di compiere atti volti a conservare la garanzia patrimoniale, assimilabili evidentemente all'opposizione, v. FIMMANÒ F., *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., p. 433.

²⁹ FIMMANÒ F., *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., p. 433; SALERNO M.E., *Commento all'art. 2503*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli M., Santoro V., Torino, 2003, 3, p. 448.

³⁰ Art. 2504-*quater*, comma 1, c.c., in tema di fusione, richiamato dall'art. 2506-*ter*, comma 5, c.c.

³¹ Art. 2506-*quater*, comma 3, c.c.

³² FIMMANÒ F., *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buoncicore V., Bassi A., II, Padova, 2010, p. 591; FIMMANÒ F., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per debiti sociali non soddisfatti*, in *Società*, 2002, p. 1384; D'ALESSANDRO F., *Intervento*, cit., p. 192.

³³ GALGANO F., *op. cit.*, p. 502.

³⁴ Con riferimento all'azione revocatoria ordinaria v. SPOLIDORO M.S., *La fusione*, in *Fusioni e scissioni di società*, Serra A., Spolidoro M.S., Torino, 1994, p. 112, secondo cui tale identità di funzione è sistematicamente coerente con l'impossibilità, sancita dall'art. 2504-*quater*, c.c., di impugnare la fusione con l'azione revocatoria; FIMMANÒ F., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per debiti sociali non soddisfatti*, cit., p. 1380.

³⁵ Cfr. PORTALE, *I bilanci straordinari delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 392.

richiamata dall'art. 2506-ter, ultimo comma, afferma che di regola la scissione può essere attuata – per attuazione della scissione si intende la stipula dell'atto di scissione ad opera del notaio rogante – solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-bis c.c.³⁶. Salvo alcune eccezioni³⁷, il notaio non può accettare tale atto se non è decorso il termine previsto dalla legge.

Entro tale termine i creditori anteriori³⁸ all'iscrizione (o pubblicazione) prevista dall'art. 2501-ter, terzo comma, c.c.³⁹, possono fare opposizione e si applica l'art. 2445, ultimo comma, c.c.⁴⁰.

L'art. 2503, c.c., riconosce nell'opposizione lo strumento attraverso il quale si realizza la tutela dei creditori. Si tratta di una forma di tutela del tutto analoga a quella prevista dall'art. 2445, c.c., in tema di riduzione del capitale sociale, ossia in un ambito nel quale i creditori potrebbero conseguire un danno a seguito della diminuzione della garanzia patrimoniale.

³⁶ Il termine per l'opposizione è unico per tutte le società partecipanti e decorre dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-bis c.c. Sull'argomento v. FIMMANÒ F., *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., p. 433; CIVERRA E., *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, p. 113; SANTAGATA C., *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo G.E., Portale G.B., 7, 1, Torino, 2004, p. 500.

³⁷ Deroghe sono consentite nei casi di scissione c.d. *anticipata*, sul tema v. LUCCI P., *Deliberazione "anticipata" di fusione o scissione, termine ex art. 2501 bis ultimo comma c.c. e diritti dei creditori*, in *Dir. giur.*, 1996, p. 986; SALAFIA V., *Alcune questioni in tema di anticipata attuazione della fusione e della scissione*, in *Società*, 1999, p. 1417. Si tratta di fattispecie in cui la soddisfazione dei creditori è già avvenuta oppure è garantita in modo concreto, (sull'argomento v. nota 94).

³⁸ Dal punto di vista temporale, i creditori che sono legittimati alla opposizione sono coloro il cui diritto di credito sia sorto in epoca anteriore rispetto alla iscrizione ex art. 2501-ter, comma 3, c.c., sul tema cfr. Trib. Milano, 10.03.2005; Trib. Brindisi, 17.07.1998; Trib. Milano, 27.10.1997; Trib. Prato, 04.11.1987; Trib. Milano, 05.04.1984. In dottrina TASSINARI, *La liberazione del socio illimitatamente responsabile a seguito della fusione di società*, in *Notariato*, 1995, p. 225; CIVERRA E., *Le operazioni di fusione e scissione, l'impatto della riforma e la nuova disciplina del leveraged buy out*, Torino, 2004, p. 113; MORANO, *Tutela degli obbligazionisti e dei creditori*, in *Fusioni e scissioni di società. Profili civilistici e fiscali*, Milano, 1993, p. 63.

³⁹ Art. 2501-ter, comma 3, c.c.: "Il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione". Con la riforma apportata dal d. lgs. 22.6.2012, n.123, l'art. è stato riscritto aggiungendo la frase secondo cui "In alternativa al deposito presso il registro delle imprese il progetto di fusione è pubblicato nel sito internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione".

⁴⁰ Art. 2445, ultimo comma, c.c.: "Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione". In assenza di tale norma, l'opposizione anche solo di un creditore sarebbe in grado di paralizzare l'operazione di scissione nel suo complesso fino a quando si giunga ad una decisione definitiva in merito all'opposizione stessa.

Esercitando il diritto di opposizione il creditore fa valere il principio generale per cui il mutamento della persona del debitore è soggetto al consenso del creditore stesso, con la conseguenza che è assolutamente indifferente che vi sia o no un pregiudizio attuale o potenziale per il soddisfacimento del credito.

Altra dottrina ritiene che i rimedi dell'opposizione e dell'azione revocatoria operano su piani diversi, ma possono concorrere entro i limiti assegnati istituzionalmente a ciascuno a tutela dei relativi interessi⁴¹.

L'opposizione è un mezzo di difesa singolare, la revocatoria è invece diretta a rimuovere la lesione della *par condicio creditorum* e va a vantaggio di tutti i creditori della scissa, ivi compresi i creditori successivi all'iscrizione della delibera di scissione nel registro delle imprese⁴².

In ogni caso la proposizione dell'opposizione impedisce la possibilità di eseguire la scissione non solo relativamente al creditore opponente, ma *erga omnes*⁴³; analogo effetto in caso di mancata prestazione di idonea garanzia richiesta dal tribunale⁴⁴. Ciò si desume a contrario dal fatto che il tribunale è chiamato a decidere se l'operazione possa avere "luogo nonostante l'opposizione"⁴⁵, lasciando intendere che diversamente l'operazione non possa essere attuata⁴⁶.

La giurisprudenza che ammette la revocatoria della scissione afferma che nessuna norma di diritto positivo impedisce l'esperimento in favore dei creditori sociali dei due mezzi di garanzia⁴⁷.

Il legislatore della riforma ha conservato l'opposizione quale tradizionale strumento di tutela dei credi-

⁴¹ CABRAS G., *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, p. 167, la soluzione offerta dall'Autore non riguarda il profilo specifico della scissione, ma la compatibilità tra l'opposizione, quale rimedio generale predisposto dalla normativa societaria a protezione dei creditori, e l'azione revocatoria.

⁴² FABIANI M., *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 320.

⁴³ DINI R., *Scissioni - strutture, forme e funzioni*, Torino, 2008, p. 321; SALERNO M. E., *Commento all'art. 2503*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli M., Santoro V., Torino, 2003, p. 449; CIVERRA E., *Le operazioni di fusione e scissione, l'impatto della riforma e la nuova disciplina del leveraged buy out*, cit., p. 119; in giurisprudenza Trib. Velletri, 10.08.1994; Trib. Tempio Pausania, 07.01.1988, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 320; in *Foro padano*, 1988, I, p. 459, con nota di DI GRAVIO V., *Problemi sulla fusione e sulla opposizione all'assemblea totalitaria da parte di un socio...assente*; Trib. Lamezia Terme, 6.3.1998, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 660.

⁴⁴ FIMMANÒ F., *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., p. 433.

⁴⁵ La scissione ha luogo nonostante l'opposizione dei creditori quando il tribunale ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per gli stessi – nel caso occorre un giudizio di merito sulla capacità delle società di far fronte ai propri debiti – oppure quando la società ha prestato idonea garanzia – i creditori non vengono soddisfatti immediatamente, ma la società mette a disposizione le risorse per soddisfarli; il giudice potrà valutare il tipo e la consistenza della garanzia e decidere in merito –.

⁴⁶ MAGLIULO F., *La scissione delle società*, Milano, 2012, p. 562.

⁴⁷ V. Trib. Catania, 09.05.2012, cit.

tori sociali⁴⁸, anche se la direttiva comunitaria nel suo testo originario non imponeva ai legislatori nazionali di adottare determinate e specifiche tecniche di tutela dei creditori con riferimento al rimedio dell'opposizione. L'art. 12 della sesta direttiva si limitava a prevedere: "le legislazioni degli Stati membri devono prevedere un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione per i crediti che siano anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione e che non siano ancora scaduti al momento della pubblicazione".

La normativa comunitaria è stata modificata per effetto della direttiva 2009/109/CE, quindi l'art. 12, paragrafo secondo, della sesta direttiva, è stato integrato con la previsione: "in ogni caso, gli Stati membri provvedono affinché i creditori siano autorizzati a rivolgersi all'autorità amministrativa o giudiziaria competente per ottenere adeguate garanzie, a condizione che possano dimostrare, in modo credibile, che la scissione compromette i loro crediti e che la società non ha fornito loro adeguate garanzie".

Secondo la giurisprudenza l'opposizione dei creditori deve farsi rientrare tra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, avendo la funzione di prevenire o comunque di evitare i pregiudizi che tali operazioni potrebbero provocare ai creditori sociali⁴⁹.

Il presupposto dell'azione è l'interesse alla conservazione patrimoniale ed è fondato laddove il creditore dimostri che le sue ragioni non possono essere soddisfatte integralmente, mentre lo sarebbero se la scissione non avesse luogo.

Il danno incide sulla possibilità di soddisfacimento o meglio sulla minore certezza o minore facilità di realizzazione della pretesa⁵⁰.

3. L'invalidità della scissione e l'applicabilità dell'art. 2504-*quater* c.c.

L'art. 2504 *quater*, primo comma, c.c.⁵¹, impedisce di dichiarare l'invalidità dell'atto di scissione dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese. Quest'ultima

ha l'effetto di pubblicità sanante e l'atto produce irrevocabilmente i propri effetti e non può essere impugnato⁵².

In altre parole, intervenuto l'effetto proprio della scissione, l'operazione risulta intangibile e ciò evidentemente per la ragione che non è possibile, a tutela dei soci e dei terzi, ripristinare la situazione anteriore⁵³.

La norma sostituisce così alla tutela reale una tutela obbligatoria⁵⁴, perseguendo l'obiettivo di limitare nel tempo la possibilità di dichiarare l'invalidità della scissione; siffatta declaratoria, comportando il ripristino della situazione preesistente e la riattribuzione alla società scissa degli elementi patrimoniali trasferiti alla beneficiaria, frustrerebbe l'affidamento riposto dai soci e dai terzi sul nuovo assetto societario risultante dal registro delle imprese. Il regime di stabilità della scissione si iscrive nel disegno perseguito dalla riforma societaria del 2003 per privilegiare le esigenze di

⁵² Anche se in tema di fusione v. SPOLIDORO M.S., *La fusione, in Fusione e scissione di società*, a cura di Serra A., Spolidoro M.S., Torino, 1994; DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, p. 739; SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o di irregolarità dell'iscrizione*, in *Banca borsa*, 1996, p. 112; gli Autori affermano che l'effetto sanante si determinerebbe indipendentemente dal tipo di vizio o dalla emissione che si verifica nel corso del procedimento di fusione. In tal senso, sarebbero incluse anche le cause di nullità, di annullabilità o di inesistenza della fusione, compresi vizi inerenti l'applicazione della disciplina della tutela dei creditori sociali. Secondo altri, che aderiscono ad una interpretazione più restrittiva della norma, dalla sanatoria sarebbero esclusi i vizi di non eccezionale gravità (FARENGA, *Profili di invalidità e nuova disciplina della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 465; OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 22/1991: profili generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 514). Ad avviso di altri, l'effetto sanante non si determinerebbe nel caso di inesistenza di alcune fasi della fusione (SCOGNAMIGLIO G., *Sull'inesistenza del negozio giuridico di fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, p. 1027; TAMBURINI, *Fusione di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, sub art. 2504, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 2566; LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1373; NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 881).

⁵³ Trib. Milano, 5.3.2009, in *Foro Padano*, 2010, 2, p. 387 (in tema di fusione): tale regola trova fondamento sia nella necessità di tutela del pubblico affidamento sia nella irregredibilità degli effetti organizzativi prodotti. Verificatosi l'effetto scissione, non ha più possibilità di venire in considerazione lo strumento invalidante, potendo i soci o i terzi solo promuovere azioni risarcitorie (cfr. Trib. Roma, 10.3.2009, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 845).

⁵⁴ La tutela dei soci e dei terzi si manifesta su un piano obbligatorio e non di tutela reale, cfr. TAMBURINI, *Fusione di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, sub art. 2504, cit., p. 2566; LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, cit., p. 1373; CIAN, *Invalidità delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, I, p. 759; NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., p. 881; SANTAGATA, *Operazioni straordinarie e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1533; DI SARLI M., *Commento all'art. 2504 quater*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti P.G., Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M., Milano, 2006, p. 949.

⁴⁸ L'istituto dell'opposizione si applica, oltre alle fattispecie tradizionali, anche alla riduzione del capitale finalizzata al rimborso del socio receduto (artt. 2437-*quater* e 2473 c.c.); alla deliberazione costitutiva del patrimonio destinato (art. 2447-*quater* c.c.); alla revoca dello stato di liquidazione (art. 2487 *ter* c.c.); alla trasformazione eterogenea (art. 2500-*novies* c.c.).

⁴⁹ V. Trib. Brindisi, 17.07.1998. Il credito è opponibile a condizione che la pretesa creditoria appaia sufficientemente fondata, non essendo necessario che il diritto sia certo, liquido ed esigibile ed indipendentemente dalla natura chirografaria o garantita (cfr. Trib. Milano, 27.03.1998; Trib. Genova, 13.07.1992; Trib. Verona, 28.06.1991).

⁵⁰ FIMMANÒ F., *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., p. 437. Sulla diminuzione della garanzia patrimoniale v. SCOGNAMIGLIO G., *Fusione e scissione di società. Lo schema di legge di attuazione della direttiva CEE*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, p. 116.

⁵¹ Previsto per la fusione ed applicabile alla scissione per il richiamo dell'art. 2506-*ter*, comma 5, c.c.

certezza e stabilità dei traffici giuridici e l'affidamento ingenerato nei terzi⁵⁵.

L'art. 2504 *quater*, c.c., ha la funzione di impedire l'esercizio di azioni dirette a colpire l'atto di scissione o gli atti che lo hanno preceduto e che lo hanno determinato, al fine di evitare che il loro eventuale accoglimento possa provocare la risoluzione della scissione⁵⁶.

La disposizione in esame è l'argomento fondamentale contro l'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione. Infatti, la disciplina è un chiaro indice della volontà del legislatore⁵⁷ diretta ad evitare che la stabilità della compagine sociale derivante dalla scissione possa essere compromessa da impugnative successive alla sua attuazione⁵⁸.

Altra dottrina distingue tra invalidità ed inefficacia, traendone la conseguenza che l'art. 2504-*quater*, primo comma, c.c., precluda solo l'invalidità⁵⁹. Ed inoltre, ad avviso di parte della giurisprudenza di merito⁶⁰, il primo comma dell'art. 2504-*quater*, è norma eccezionale e quindi non estensibile al caso dell'inefficacia e, secondo la decisione del Tribunale di Catania⁶¹, la revocatoria non determina una invalidità o una caducazione degli effetti della scissione, ma la sola dichiarazione di inefficacia parziale della scissione nei confronti dei creditori pregiudicati dalla stessa.

La S.C.⁶² ha eliminato ogni dubbio sulla corretta applicazione dell'art. 2504-*quater* c.c., che drasticamente esclude la possibilità di pronunciare l'invalidità dell'atto di fusione una volta che esso sia stato iscritto nel registro. Disposizione introdotta dal d. lgs. n. 22 del 1991 (in attuazione alla direttiva 78/855/CEE)⁶³, che è dichiaratamente ispirata dall'esigenza di assicu-

rare la certezza e la stabilità dell'atto, salvaguardando perciò lo stesso affidamento dei terzi, in considerazione del fatto che la sua eliminazione rischierebbe altrimenti di travolgere gli effetti dell'avvenuta integrazione giuridico-aziendale di realtà societarie ormai non più agevolmente districabili l'una dall'altra⁶⁴. Proprio sulla base di queste considerazioni la Corte ha avuto modo di individuare nell'iscrizione dell'atto di fusione (o di scissione) nel registro delle imprese una preclusione assoluta della declaratoria sia di nullità e sia di annullabilità della delibera che abbia approvato la fusione⁶⁵.

Ne deriva che l'art. 2504-*quater* c.c. dispone che, eseguite le iscrizioni di cui all'art. 2504 l'invalidità dell'atto di scissione non può più essere pronunciata: tale preclusione riguarda sia gli eventuali vizi che colpiscono direttamente l'atto, sia quelli che si fossero verificati nel corso dell'*iter* procedimentale che ha portato alla formazione dell'atto e alla successiva iscrizione⁶⁶.

La S.C. afferma con nettezza che qualsiasi tentativo di configurare l'inesistenza giuridica di un atto di fusione regolarmente iscritto nel registro delle imprese, allo scopo di distinguerla dalla semplice invalidità e di escludere l'assoggettabilità della fattispecie al regime delineato dall'art. 2504-*quater* c.c., deve confrontarsi con la *ratio* ispiratrice di detto articolo, deve quindi tener conto dell'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi e di stabilità e certezza dei traffici giuridici a cui il regime si ispira⁶⁷.

⁵⁵ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, II, Torino, 2012, p. 671.

⁵⁶ Anche se in riferimento alla fusione v. SALAFIA, *L'azione di risarcimento del danno prevista dal secondo comma dell'art. 2504 quater*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 549.

⁵⁷ La Relazione Ministeriale al *sub art.* 15, d.lgs. 16.01.1991, n. 22, stabiliva che con le disposizioni in esame "vengono evitate le difficoltà gravissime che nascerebbero nel caso di dichiarazione di nullità della fusione già attuata: difficoltà in ordine sia alla suddivisione dei patrimoni ormai unificati e, nel tempo intercorrente fino alla formazione del giudicato modificati magari profondamente, sia alla ricostruzione delle compagini dei soci delle diverse società partecipanti all'operazione, sia al coordinamento, nell'ipotesi di nullità delle società per azioni gli effetti di tale nullità". Sull'espressione "invalidità della fusione" v. SCOGNAMIGLIO G., *La nullità della fusione nella III direttiva CEE e nello schema di legge di attuazione*, in *Riv. not.*, 1990, p. 887.

⁵⁸ MAGLIULO F., *La scissione delle società*, cit., p. 580; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, cit., p. 294. Così come Trib. Roma, 11.1.2001.

⁵⁹ CACCHI PESSANI S., *Sub art. 2503 c.c.*, cit., p. 739.

⁶⁰ Trib. Palermo, 26.1.2004, cit.

⁶¹ Trib. Catania, 09.05.2012, cit.

⁶² Cass., 01.06.2012, n. 8864.

⁶³ Per un esame della stessa v. DE ACUTIS M., *La terza direttiva C.E.E. in materia di società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 300; MORERA U., *I principi comunitari per le fusioni di società: analisi e riflessioni nella prospettiva di adeguamento*, in *Foro it.*, 1987, IV, c. 250.

⁶⁴ Nella relazione accompagnatoria del d.lgs. n. 22/1991 si fa espresso riferimento alle difficoltà gravissime che nascerebbero quando fosse dichiarata nulla una fusione già attuata.

⁶⁵ Cass., 20.12.2005, n. 28242 e Cass., 11.12.2008, n. 29128. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 08.09.2003; Trib. Milano, 08.07.2004; Trib. Milano, 10.12.2007.

⁶⁶ Trib. Milano, 13.05.1999 (nonché Trib. Milano, 11.01.2007, in *Società*, 2008, p. 481): l'iscrizione della fusione ha effetto sanante di ogni vizio precedente, considerando che il termine "invalidità" è comprensivo di ogni vizio dell'atto ed include i vizi di nullità ed annullabilità fatti valere in concreto. Inoltre, la sanatoria si estende a tutto il procedimento di fusione ed ai vizi che potrebbero verificarsi, anche in relazione alle delibere di fusione impugnate dal socio dissenziente. Trib. Perugia, 26.04.1993: sotto il profilo processuale, l'iscrizione della delibera di fusione presso il Registro delle Imprese determina una condizione di improcedibilità della domanda diretta a far dichiarare l'invalidità della fusione.

⁶⁷ Cass., 01.06.2012, n. 8864: solo in casi estremi (e neppure facili da prefigurare) gli eventuali vizi o le possibili lacune del procedimento di fusione, conclusosi con l'adempimento pubblicitario, potrebbero determinare l'inesistenza giuridica dell'atto iscritto nel registro. Si potrebbe sostenere la tesi solo qualora il procedimento ne risultasse a tal punto stravolto da apparire manifestamente irricognoscibile nei suoi tratti essenziali anche ai terzi, ai quali però non può farsi carico di una verifica che vada oltre l'individuazione nel registro di una sequenza procedimentale completa nella sua esteriore apparenza, conclusasi con il deposito di un atto di fusione che si presenti tale. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, 08.09.2003, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 198. *Contra* in dottrina, v. GENOVESE A., *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, p. 213, nt. 243; LUCARELLI P., *La nuova*

Se si accogliessero le opinioni dirette ad affermare l'inefficacia della scissione, non trattandosi di invalidità, potrebbe sostenersi che nessun effetto sanante avrebbe al riguardo l'iscrizione della stessa nel registro delle imprese⁶⁸. In tal modo l'efficacia dell'operazione sarebbe incerta e dipenderebbe da accertamenti di non facile praticabilità da parte dei terzi. Questi ultimi, infatti, sarebbero costretti a verificare: se la scissione sia stata stipulata dopo il decorso del termine *ex art. 2503 c.c.*; in caso negativo se sia stata stipulata nel rispetto delle condizioni che legittimano la scissione anticipata; in caso positivo, se siano state proposte opposizioni nel termine di legge, tenuto conto peraltro del fatto che tali opposizioni non trovano pubblicità nel registro delle imprese.

Anche se l'atto di scissione si ritiene valido e semplicemente inefficace, esso una volta iscritto non può, per coerenza sistematica, che rispettare la regola fissata dall'art. 2504-*quater*, c.c.⁶⁹.

4. Gli effetti della scissione *ex art. 2506-quater c.c.*

Consumato il potere di opposizione da parte dei creditori, residua esclusivamente la tutela obbligatoria *ex art. 2506-quater*, terzo comma, c.c., il quale costituisce la norma di chiusura del microsistema illustrato⁷⁰. La norma introduce una responsabilità solidale per i debiti della scissa in capo a tutte le società partecipanti alla scissione⁷¹. La disposizione deriva dall'art. 12 della

disciplina delle fusioni e delle scissioni: una modernizzazione incompiuta, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1373.

⁶⁸ Trib. Velletri, 10.08.1994; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, cit., p. 391, che distingue tra l'atto di scissione iscritto *ante tempus* (che sarebbe invalido e non efficace e dunque coperto dalla sanatoria *ex art. 2504-quater c.c.*) e l'atto iscritto in pendenza del giudizio di opposizione dei creditori (che sarebbe inefficace e dunque non coperto dall'art. 2504-*quater c.c.*).

⁶⁹ SERRA A., SPOLIDORO M.S., *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 174; SALAFIA V., *La fusione di società: casi e questioni*, in *Società*, 1995, p. 1527; FIMMANO F., *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., p. 433; DI SARLI M., *Commento all'art. 2504 quater*, cit., p. 954. In giurisprudenza Trib. Milano, 08.09.2003, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 198.

⁷⁰ Il legislatore ha così stabilito una doppia tutela per i creditori sociali: da un lato, il diritto di opposizione alla scissione, regolato dall'art. 2503, richiamato dall'art. 2506 *ter*, ultimo comma, c.c.; dall'altro, la responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione, in tal senso FIMMANO F., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, cit., p. 1379; IRRERA, *Scissione delle società*, in *Digesto comm.*, XIII, Torino, 1996, p. 275.

⁷¹ Art. 2506-*quater*, comma 3, c.c.: "ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico". La norma non si applica alle scissioni realizzate nel quadro di procedure di dismissione delle partecipazioni azionarie di controllo dello Stato e degli enti pubblici, laddove si tratti di scissioni di società interamente possedute dallo Stato, sia direttamente sia per il tramite di altre società interamente possedute dallo Stato. In tal caso si applica l'art. 10, lett. e), d.l. 31.05.1994 conv. l. n. 474/1994: "lo Stato è solidalmente responsabile dei debiti della società scissa

sesta direttiva comunitaria: gli Stati membri devono prevedere un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione per i crediti che siano anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione e che non siano ancora scaduti al momento della pubblicazione. Il legislatore italiano ha ottemperato alla disposizione comunitaria "nella misura in cui non sia stato soddisfatto un creditore della società alla quale è stato trasferito l'obbligo, conformemente al progetto di scissione, le società beneficiarie sono solidalmente responsabili di questo obbligo", inoltre, si è avvalso della facoltà "gli Stati membri possono limitare questa responsabilità all'attivo netto attribuito ad ogni società diversa da quella cui l'obbligo è stato trasferito"⁷².

A tale tutela si aggiunge la disposizione prevista dall'art. 2506-*bis*, terzo comma, c.c., intesa come speciale applicazione del principio di cui all'art. 2506-*quater*, terzo comma, c.c., in relazione alle passività la cui destinazione non possa essere desunta dal progetto di scissione⁷³.

La norma dispone che la responsabilità è diretta ed illimitata per la società cui è assegnata una determinata passività⁷⁴, nonché sussidiaria e limitata al valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, per quanto riguarda le altre società⁷⁵.

Quindi l'art. 2506-*quater*, terzo comma, c.c., renderebbe ultronea la declaratoria di inefficacia propria della revocatoria, in quanto i creditori della società fallita pregiudicati nella garanzia del loro credito potrebbero agire nei confronti delle società beneficiarie nei limiti del valore effettivo del loro patrimonio netto e quindi nei limiti dell'effettivo pregiudizio⁷⁶.

La scissione non può mettere in discussione il principio sancito dall'art. 2740, c.c., in relazione alla società alla quale una determinata passività, appartenente alla scissa, viene imputata in dipendenza della scissione. È evidente che tale società risponda in via diretta ed illimitata delle passività della scissa che ven-

non soddisfatti dalla società a cui essi fanno carico".

⁷² V. CARUSO C., *Il regime della responsabilità per i debiti della società scissa tra innovazioni e continuità*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 355.

⁷³ SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, cit., p. 287, nt.191, l'omissione può derivare non soltanto da mera dimenticanza, ma anche dal fatto che le passività in questione non erano note al momento della redazione del progetto.

⁷⁴ La norma risponde al principio generale *ex art. 2740*, comma 1, c.c.: "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri".

⁷⁵ Magliulo F., *La scissione delle società*, cit., 584, la regola risponde all'intento di evitare gli effetti pregiudizievoli per il creditore della società scissa, derivanti dal depauperamento della sua garanzia patrimoniale, che si verifica in dipendenza della sottrazione al patrimonio, nel quale è inclusa la relativa posizione debitoria, di parte del suo valore netto, che in dipendenza della scissione è imputato ad altra società.

⁷⁶ FIMMANO F., *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, cit., p. 591.

gano o rimangano ad essa imputate in dipendenza della scissione⁷⁷.

Il contenuto della disposizione *ex art. 2506-quater*, terzo comma, c.c.⁷⁸, risiede nella regola che disciplina la responsabilità delle società diverse da quella cui la passività viene o rimane imputata in dipendenza della scissione. La norma prevede che ogni società è solidalmente responsabile di dette passività e precisa che detta responsabilità opera solo: per i debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico e nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto⁷⁹.

Con la limitazione della responsabilità al valore effettivo del patrimonio netto assegnato o rimasto alla società cui non è imputata la passività, il creditore non può più aggredire tale patrimonio netto, e quindi il danno subito dallo stesso è il valore corrente di detto patrimonio⁸⁰. Tale valore, ai fini della responsabilità solidale, è riferito al valore corrente che il patrimonio netto assegnato o rimasto ha al momento della scissione⁸¹.

Si tratta del parametro di riferimento al quale ancorare la responsabilità della società non assegnataria

del debito, con il chiaro scopo di evitare che l'esposizione di quest'ultima possa eccedere il valore dei beni che le sono stati assegnati⁸².

Non v'è dubbio che l'opzione legislativa per una responsabilità comunque limitata priva il creditore di uno dei tipici vantaggi competitivi dell'obbligazione solidale, considerando che laddove lo stesso vanta un credito superiore al tetto afferente a una determinata società, non ne può pretendere l'integrale adempimento e dovrà comunque rivolgersi ad una o più coobbligate. La regola vale anche per i soci illimitatamente responsabili laddove la società scissa sia una società di persone e conseguentemente abbia unitamente ai suoi soci una responsabilità sussidiaria circoscritta al valore del patrimonio netto che le è rimasto. La situazione non è diversa se all'operazione partecipano come beneficiarie anche società di persone, dal momento che nei riguardi di ciascuna di esse vale per sempre la regola della limitazione della responsabilità solidale e sussidiaria per i debiti trasferiti alle altre beneficiarie o rimasti alla scissa. Quindi i creditori sociali si trovano in una situazione analoga a quella che deriva dalla trasformazione di una società di persone in una di società di capitali⁸³.

La responsabilità solidale delle altre società beneficiarie della scissione è non solo limitata, ma anche sussidiaria, perché opera soltanto per i debiti della società scissa non soddisfatti dalla società a cui essi fanno carico, onde presuppone che quest'ultima società sia stata escussa dal creditore, il quale abbia perciò constatato il non soddisfacimento del proprio credito⁸⁴.

Il danno da scissione si determina sul fatto che i creditori non possono più aggredire il patrimonio netto assegnato o rimasto all'altra società in dipendenza dell'allocazione scissoria degli elementi patrimoniali. Quindi le aspettative di soddisfazione degli stessi cre-

⁷⁷ Cass., 28.11.2001, n. 15088, in *Società*, 2002, p. 1377, con nota di FIMMANÒ F.; PICONE L.G., *Commento all'art. 2506 bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti P.G., Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M., Milano, 2006, p. 1185.

⁷⁸ Le deroghe alla disposizione: art. 15, d.lgs. 18.12.1997, n. 472, nei casi di scissione anche parziale di società o enti, ciascuna società o ente è obbligato in solido al pagamento delle somme dovute per violazioni tributarie commesse anteriormente alla data dalla quale la scissione produce i suoi effetti; art. 30, comma 2, d.lgs. 8.6.2001, n.231, per quanto riguarda gli obblighi di pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto, la beneficiaria risponde illimitatamente se si tratti di ente al quale è stato trasferito, anche in parte il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato; art. 173, comma 13, Tuir, in relazione agli obblighi tributari pregressi, le società beneficiarie sono responsabili in solido per le imposte, le sanzioni pecuniarie, gli interessi e ogni altro debito, quindi anche nei loro confronti possono essere adottati provvedimenti cautelari previsti dalla legge. Sull'argomento v. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, cit., p. 286.

⁷⁹ Si tratta di una responsabilità sussidiaria e limitata, v. FIMMANÒ F., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, cit., 1377; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, cit., 282; in giurisprudenza v. Cass., 28.11.2001, n.15088, cit.

⁸⁰ PICONE L.G., *Commento all'art. 2506 bis*, cit., p. 1113; FIORI G., *Le scissioni nell'economia e nei bilanci delle aziende*, Milano, 1995, p. 212. *Contra* TAMBURINI M., *Commento all'art. 2506*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario*, a cura di Maffei Alberti, VI, Padova, 2005, p. 2593.

⁸¹ FIMMANÒ F., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, cit., p. 1377: si tratta di un limite cristallizzato, destinato cioè a rimanere invariato nel tempo, quali che siano le vicende, successive alla scissione, delle società responsabili. Cfr. CUSA E., *Prime considerazioni sulla scissione di società*, Milano, 1992, p. 158. Qualora il valore reale del patrimonio attribuito alla società neo-costituita sia negativo, si realizza un'ipotesi di scissione c.d. negativa, da ritenersi non consentita (Cass., 20.11.2013, n. 26043, in *Giust. civ. mass.*, 2013).

⁸² La giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 23.07.2013, in *Società*, 2014, p. 407, con nota di CIVERRA E., *La tutela dei creditori nella scissione tra rimedi preventivi e successivi*) ravvisa nell'espressione "valore effettivo" il valore rettificato dal patrimonio della scissa valutando le attività a valori correnti e non storici. Cfr. con Trib. Verona, 20.11.2012, in *Notariato*, 2013, p. 158: "per *valore effettivo* deve intendersi, in conformità alla dottrina aziendalistica, non il valore del patrimonio netto contabile, bensì il valore del patrimonio *rettificato*, valutando le attività a valori correnti per stabilire quali beni delle società beneficiarie e della società scissa e per quale valore concorrono a costituire la garanzia per i creditori, ai sensi dell'art. 2506-quater, comma 3, c.c. in ipotesi di mancato pagamento dei debiti della società scissa trasferiti alle beneficiarie. Per le partecipazioni in società e in *joint venture*, il valore corrente coincide sostanzialmente con il *fair value*, come determinato in base all'art. 2427-bis c.c.".

⁸³ FIMMANÒ F., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, cit., p. 1377.

⁸⁴ Sul *beneficium excussionis* v. Cass., 28.11.2001, n. 15088, cit.; in dottrina cfr. BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, 1991, p. 712; BERTELOTTI A., *Scissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., 17, Torino, 2010, p. 634; MAGLIULO F., *La scissione delle società*, cit., p. 588; CENTONZE M., *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013, p. 136.

ditori, mediante l'escussione della garanzia patrimoniale della società debitrice, si fondano sul valore attuale e non su quello futuro dei cespiti sociali. Infatti, l'art. 2506-ter, secondo comma, c.c. recita: "la relazione dell'organo amministrativo deve inoltre illustrare i criteri di distribuzione delle azioni o quote e deve indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che eventualmente rimanga nella società scissa".

Appare evidente che la responsabilità solidale deve essere riferita al valore corrente del patrimonio netto assegnato o rimasto alla società al momento della relazione dell'organo amministrativo, effettuata in data prossima all'attuazione della scissione. In caso di azione dei creditori e contestazione sul valore effettivo previsto quale limite della responsabilità solidale, tale valore sarà stabilito dal giudice⁸⁵.

La limitazione di responsabilità è ovviamente opponibile ai terzi, e dunque, in particolare, al creditore che pretenda l'adempimento di un credito di importo eccedente tale limite, dal momento che la misura della responsabilità delle società partecipanti alla scissione è nota ai terzi mediante la pubblicazione del progetto di scissione⁸⁶.

5. L'opposizione dei creditori nella fusione

Il tradizionale strumento posto a tutela dei terzi nelle operazioni di fusione⁸⁷ è rappresentato dall'opposizione dei creditori⁸⁸.

Nella fusione l'opinione prevalente giustifica il rimedio dell'opposizione sulla base della diminuzione della garanzia patrimoniale della società debitrice derivante dalla confusione dei patrimoni delle società partecipanti all'operazione⁸⁹.

Pertanto, visto che anche la fusione può ledere le ragioni dei creditori delle singole società ad essa partecipanti, costretti a concorrere tutti sul patrimonio dell'unica società risultante dall'operazione, che potrebbe essere non idoneo al loro soddisfacimento, l'art. 2503, primo comma, c.c., prevede che "la fusione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-bis"⁹⁰. Entro tale termine i creditori⁹¹ anteriori all'iscrizione (o pubbli-

SALAFIA V., *La fusione delle società commerciali. Introduzione*, in *Società*, 1986, p. 934; MANFEROCE T., *Il sistema dell'art. 2503*, in *Società*, 1986, p. 984; BALDI A., *L'opposizione alla deliberazione di fusione*, in *Società*, 1986, p. 957. In giurisprudenza v. Trib. Milano, 27.03.1969, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 204; App. Milano, 09.05.1970, in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, p. 218; Trib. Milano, 14.03.1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 610; Trib. Milano, 05.04.1984, in *Società*, 1984, p. 1144; Trib. Prato, 08.01.1986, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1417, con nota di PAGANO M.; Trib. Bologna, 13.01.1987, in *Dir. fall.*, II, p. 531; Trib. Genova, 13.07.1992, in *Società*, 1993, p. 50; Trib. Brindisi, 17.07.1998, in *Società*, 1994, p. 1348; Trib. Treviso, 27.12.1999, in *Società*, 2000, p. 446.

⁹⁰ Il termine ordinario di sessanta giorni per l'opposizione trova una serie di eccezioni nella legislazione speciale; infatti, è ridotto a quindici giorni per le fusioni e le scissioni a cui partecipano banche (art. 57, terzo comma, Tub) e ad un mese per le fusioni e le scissioni realizzate nel quadro di procedure di dismissione delle partecipazioni azionarie di controllo dello Stato e degli enti pubblici (art. 10, lett. d), d.l. n. 332/1994 conv. nella l. n. 474/1994), nonché per quelle realizzate da società controllate dallo Stato che danno vita a società ugualmente controllate dallo Stato (art. 1, d.l. n. 350/1993 conv. nella l. n. 442/1993). Inoltre, l'art. 2505-*quater* c.c. afferma che il termine in esame è ridotto a trenta giorni per la fusione a cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni. Cfr. Commissione massime societarie del Consiglio Notarile di Roma, *massime* luglio 2013, in *Riv. not.*, 2013, p. 1085.

⁹¹ Considerato che il termine "creditori" utilizzato dal legislatore non appare suscettibile di interpretazioni restrittive, devono ritenersi attivamente legittimati tutti i creditori titolari di un credito certo, liquido ed esigibile, oppure assistito da un privilegio od ipoteca o, ancora, che vantino una pretesa creditoria sottoposta a termine o condizione o che derivi da rapporti in corso di esecuzione, cfr. SANTAGATA C., *La fusione di imprese assicuratrici*, in *Assicurazioni*, 1989, I, p. 279; NICCOLINI G., *Note minime in tema di giudice territorialmente competente a pronunciarsi sulla opposizione dei creditori alla fusione*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1802. Sul contratto sinallagmatico in corso di esecuzione v. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu A., Messineo F., Milano, 1989, p. 431. Legittimato alla proposizione dell'opposizione è anche il creditore che vanti una pretesa litigiosa, v. Trib. Milano, 27.10.1997, in *Società*, 1998, p. 433, con nota di FIMMANÒ F. Deve ritenersi che tra i creditori della società possono essere inclusi anche i soci qualora gli stessi abbiano effettuato finanziamenti a favore dell'ente, sul tema v. PORTALE G.B., *I "finanziamenti" dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa*, 2003, II, p. 663; SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, p. 1077; CAPELLI I., *I crediti dei soci nei confronti della società e il rimborso dei finanziamenti dei soci dopo la riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 99; BALP G., *Sulla qualificazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c. e sull'ambito di applicazione della norma*, in *Banca borsa*, 2007, II, p. 612; SANGIOVANNI V., *Fusione di società e opposizione dei creditori*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 1356; CALDERAZZI R., *Il perimetro soggettivo nei finanziamenti dei soci*, in *Fallimento*, 2012, p. 222; MORELLO U., *Il finanziamento dei soci in conto capi-*

⁸⁵ Trib. Napoli, 23.07.1993, in *Società*, 1994, p. 73: l'obbligo degli amministratori di illustrare le ragioni economiche e giuridiche dell'operazione, nella relazione accompagnatoria del progetto di fusione o di quello di scissione, è volto a consentire l'esercizio, da parte del giudice, di un controllo di legalità sostanziale sull'operazione medesima.

⁸⁶ SERRA A., *Le scissioni di società*, in *Fusioni e scissioni di società*, a cura di Serra A., Spolidoro M.S., Torino, 1994, p. 228; AMENDOLA M., *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 507. In giurisprudenza v. Cass., 28.11.2001, n. 15088, cit.

⁸⁷ Per i limiti di compatibilità della disciplina della fusione e della scissione con i nuovi modelli di s.r.l. v. MAGLIULO F., *Trasformazione, fusione e scissione delle nuove srl*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1448.

⁸⁸ V. CACCHI PESSANI S., *Questioni in tema di opposizioni dei creditori alla fusione: deposito delle somme in pendenza di opposizione, concorso con l'azione di nullità proposta dal creditore opponente e fondamento dell'istituto*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, II, p. 850; CAPARELLA G., *Riflessioni sulla natura dell'opposizione alla fusione ex art. 2503 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 1503; CERA C., *Termini per l'attuazione della fusione e opposizione alla stessa*, in *Società*, 2006, p. 680; BELTRAMI P., *Accoglimento dell'opposizione dei creditori ex art. 2503 c.c. a fusione già eseguita*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 202.

⁸⁹ Cfr. PORZIO M., *Il governo del credito*, Napoli, 1976, p. 57;

cazione) prevista nel terzo comma dell'art. 2501-ter c.c. possono fare opposizione⁹².

La disposizione è necessaria in quanto le società tenute ad effettuare il deposito sono almeno due e non è detto che i depositi avvengano esattamente lo stesso giorno. Pertanto la data di decorrenza del termine per proporre opposizione potrebbe essere diversa a seconda della maggiore o minore diligenza della società interessata nell'effettuare il deposito della decisione nel registro delle imprese. Quindi il legislatore ha stabilito che durante la pendenza del termine di sessanta giorni la fusione non può essere attuata.

Per attuazione della fusione si deve intendere la stipula dell'atto di fusione per atto notarile (art. 2504, primo comma, c.c.).

Il notaio non può accettare tale atto se non sono decorsi i sessanta giorni, il compimento dell'atto prima del termine previsto dalla legge comporta la responsabilità del notaio rogante⁹³. Il divieto può subire una deroga solo in alcune ipotesi di fusione cd. "anticipata", essa infatti è possibile solo se ed in quanto ricorrano le condizioni⁹⁴ che la legittimano ai sensi

tale. Il lento emergere di nuove regole, in *Notariato*, 2012, 3, p. 253. Sembra, invece, debba ritenersi preclusa al socio l'opposizione per i versamenti effettuati in conto capitale, atteso che, salvo espressa pattuizione contraria, gli stessi, diversamente da quelli effettuati a titolo di finanziamento, non danno luogo a crediti esigibili durante la vita della società, cfr. Cass., 03.12.1980, n. 6315, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 895, con nota di FERRO LUZZI P., *I versamenti in conto capitale*.

⁹² Cfr. RORDORF R., *La nuova disciplina della fusione e della scissione di società*, in *Società*, 1991, p. 411; PICCIAU A., *Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione*, in *Giur. it.*, 1991, IV, p. 499.

⁹³ Appare opportuno che il notaio rogante l'atto di fusione si munisca della certificazione del cancelliere attestante la mancata proposizione dell'opposizione. Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Certificato di mancata opposizione alla fusione*, Quesito n.185-2007/I, est. RUOTOLO A., pur precisandosi che si tratta di "un elemento non indispensabile ai fini della validità dell'atto di fusione e che deve ritenersi richiesto sul piano dell'opportunità e non della necessità". Nella prassi sembra opportuno che nell'atto di fusione gli amministratori confermino con apposita dichiarazione le risultanze di detta certificazione. Infatti, si potrà affermare la responsabilità degli amministratori che avessero dato attuazione alla fusione prima del termine, ignorando così le aspettative di tutela dei creditori.

⁹⁴ Un primo gruppo di ipotesi che consentono la fusione (o la scissione) anticipata rispetto al termine *standard* di sessanta giorni risale al codice del '42 ed è riproposto anche nel sistema attuale: consenso dei creditori aventi titolo per l'opposizione – una volta avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese (oppure, ora, la pubblicazione sul sito), i terzi sono consapevoli della imminente operazione straordinaria -, o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso – il pagamento fa venir meno la loro stessa qualità di creditori della società e, dunque, qualsiasi interesse rispetto alla scissione -, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca – modalità alternativa al pagamento, i creditori sono garantiti che il pagamento avverrà in quanto i relativi fondi sono stati depositati -. L'art. 2503 c.c. riformato introduce un'ulteriore ipotesi di fusione (o scissione) anticipata che si configura nel caso in cui la relazione di cui all'art. 2501-sexies sia

dell'art. 2503 c.c. La scelta di ricorrere a tale strumento è rimessa esclusivamente alla discrezionalità degli amministratori⁹⁵.

La fusione comporta la commistione dei patrimoni delle società e conseguentemente il concorso fra i creditori delle società coinvolte nella fusione.

La confusione delle masse patrimoniali appartenenti alle società fuse implica che il creditore di una società in questione debba concorrere con i creditori delle altre società partecipanti e che la quota di partecipazione del singolo socio possa diminuire di valore⁹⁶, anche per effetto di un rapporto di cambio sfavorevole.

Pertanto astrattamente sussiste il pericolo che le probabilità di essere soddisfatti diminuiscano a seguito della fusione⁹⁷.

L'operazione a differenza della scissione non genera di per sé un depauperamento patrimoniale, ma può ridurre la garanzia del credito per la partecipazione di altra massa qualitativa e quantitativa.

redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione (o scissione), da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità (*ex art. 2501-sexies*, sesto comma) che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione (o scissione) rende non necessarie garanzie a tutela dei creditori sociali. Bisogna osservare che, ai sensi dell'art. 2506-ter, comma 3, c.c., la relazione non è richiesta "quando la scissione avviene mediante la costituzione di una o più nuove società e non siano previsti criteri di attribuzione delle azioni o quote diversi da quello proporzionale".

⁹⁵ Sulle modalità di accertamento dei presupposti di operatività della fusione anticipata v. Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe 1985, II e 1986; Trib. Monza, 14.2.1987, in *Riv. not.*, 1987, p. 1203; Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti societari (*massima* L.C.1), pubbl. 9/2013, p. 339.

⁹⁶ BUONOCORE V., *Le modificazioni dell'impresa societaria. La fusione*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di BUONOCORE V., Torino, 1999, p. 481; FERRARA, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, p. 908.

⁹⁷ Il primo comma dell'art. 2504-bis c.c. dispone che la società derivante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipate alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione. La norma riproduce quasi pedissequamente quella dettata dall'art. 2498 c.c. in tema di trasformazione. Sulla natura modificativa della fusione desumibile dall'applicazione alla fusione della procedura propria delle modificazioni dell'atto costitutivo v. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 258; SALERNO M.E., *Commento all'art. 2504-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli M., Santoro V., Torino, 2003, vol. 3, 458; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pub. econom.*, XXIX, Padova, 2003, 527. *Contra*, CAMPOBASSO G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 234; GENOVESE A., *Fusioni e scissioni*, in AA.VV., *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di Starola L., Milano, 2003, p. 349; DIMUNDO F.M., *Commento all'art. 2504-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti P.G., Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M., *artt. 2498-2506* quater, Milano, 2006, p. 835. Ritiene che la fusione è considerata sul piano normativo come una modificazione dell'atto costitutivo LAURINI G., *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie*, Padova, 2004, p. 126.

Nella scissione, come visto, l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale non opera dolo sul piano qualitativo, come avviene nella fusione, ma anche su quello quantitativo. L'operazione genera un depauperamento patrimoniale, cosa che non necessariamente accade nella fusione, che in linea di principio è una operazione di concentrazione.

I creditori dovranno motivare l'opposizione individuando il pregiudizio subito e precisando in che modo la fusione può pregiudicare le proprie ragioni⁹⁸. Il presupposto dell'azione è l'interesse alla conservazione patrimoniale ed è fondato laddove il creditore opponente dimostri che le sue ragioni non possono essere soddisfatte integralmente, mentre lo sarebbero se la fusione non avesse luogo. Il pregiudizio può nascere da due situazioni diverse: dal concorso di altri soggetti creditori, eventualmente privilegiati, sull'ultimo patrimonio della società risultante dalla fusione ovvero da una diminuzione del patrimonio della stessa⁹⁹.

Anche nella scissione il potenziale pregiudizio non incide direttamente sul contenuto del diritto di credito, che rimane inalterato nell'ammontare, ma sulla possibilità di soddisfacimento o meglio sulla minore certezza o minore facilità di realizzazione della pretesa¹⁰⁰.

Nella fusione possono essere danneggiati i creditori della società più solida finanziariamente che si trovano a concorrere con i creditori dell'altra società meno solida.

Il patrimonio risultante dalla fusione potrebbe non essere sufficiente, anche se a garanzia dei creditori, vi è la responsabilità degli eventuali soci illimitatamente responsabili *ex art. 2504-bis*, quinto comma, c.c.¹⁰¹.

Per questi motivi, il legislatore ha previsto il diritto di opposizione *ex art. 2503*, secondo comma, c.c.¹⁰².

⁹⁸ In tal senso VALERIO S., *Il diritto di opposizione alla fusione*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 732.

⁹⁹ FIMMANÒ F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Collana Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 2008, n.315, pp. 137-138.

¹⁰⁰ FIMMANÒ F., *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., p. 437.

¹⁰¹ Art. 2504-bis, comma 5, c.c.: "La fusione attuata mediante costituzione di una nuova società di capitali ovvero mediante incorporazione in una società di capitali non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni delle rispettive società partecipanti alla fusione anteriori all'ultima delle iscrizioni prescritte dall'articolo 2504, se non risulta che i creditori hanno dato il loro consenso".

¹⁰² L'opposizione dei creditori ha natura giudiziale e può essere proposta nelle forme del processo ordinario di cognizione ovvero in quelle del procedimento camerale nei confronti di più parti, cfr. Trib. Roma, 18.12.2008, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2861, con nota di DESIATO; v. anche Trib. Milano, 13.02.2007; Trib. Brescia, 16.01.2006, in *Notariato*, 2006, p. 134, con nota di NIGRO A.; Trib. Lamezia Terme, 06.03.1998, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 660, con nota di GUIDOTTI R., *Opposizione dei creditori alla fusione e autorizzazione giudiziale a procedere alla fusione nonostante opposizione*; Trib. Milano, 27.10.1997.

Si tratta di un rimedio che ha natura contenziosa¹⁰³ ed è diretto ad accertare l'insufficienza patrimoniale della società che risulta dalla fusione quale debitrice in luogo di quella originaria¹⁰⁴. Affinché l'opposizione possa essere accolta è necessario l'accertamento positivo del pregiudizio subito dai creditori a seguito della confusione dei patrimoni in ordine alla esigibilità del credito. Il creditore ha l'onere di provare l'attuale e concreto rischio di lesione della garanzia patrimoniale provocato dalla fusione¹⁰⁵. Quindi, sul piano probatorio, incombe al creditore opponente l'onere di provare che il soddisfacimento del proprio credito possa subire pregiudizio dalla fusione, fornendo dimostrazione che il mutamento della titolarità del patrimonio della società debitrice può comportare il rischio, concreto ed attuale, dell'affievolirsi della possibilità di recupero del credito o, quanto meno, della lesione della garanzia patrimoniale che esisteva precedentemente alla delibera di fusione¹⁰⁶.

L'opposizione di uno o più creditori paralizza l'operazione di fusione nel suo complesso (e non solo con riferimento al creditore opponente) fino a quando si giunga ad una decisione definitiva in merito all'opposizione medesima, atteso che la fusione stessa non sarebbe più attuabile per nessuna delle società che vi partecipano, le quali sono chiamate a redigere un solo progetto di fusione.

¹⁰³ "Non pare possa esservi dubbio sul fatto che l'opposizione dei creditori ai sensi dell'art. 2503, ultimo comma, c.c. dia luogo ad un giudizio ordinario di cognizione da introdurre con atto di citazione", così Trib. Milano, 14.11.2011, in *Giur. it.*, 2012, 6, p. 1352, con nota di CAGNASSO O., *L'opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali*.

¹⁰⁴ Cass., 05.03.1991, n. 2321, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1445; Trib. Bologna, 13.01.1987, in *Dir. fall.*, II, p. 531; Trib. Prato, 08.01.1986, cit.; Trib. Milano, 05.04.1984, in *Società*, 1984, p. 1144; Trib. Milano, 14.03.1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 610; App. Genova, 15.01.1991, in *Società*, 1991, p. 1057; App. Milano, 08.05.1970, in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, p. 218. *Contra*, da ultimo, Trib. Milano, 10.03.2005, in *Società*, 2005, p. 915. In dottrina v. ROMANO PAVONI G., *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, p. 381; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 527; BALDI A., *L'opposizione alla deliberazione di fusione*, in *Società*, 1986, p. 956; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1987, p. 623; SALAFIA V., *La scissione nelle società*, in *Le scissioni di società*, Milano, 1992, p. 19; LAMBERTINI L., *sub art. 2503*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio G., 9, Milano, 2003, p. 469; COTTINO G., *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 664. Un diverso indirizzo sostiene la natura di atto negoziale recettizio, libero nella forma, dell'opposizione alla fusione: VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923, p. 241; FERRI G., *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, p. 180; FIORENTINO A., *Sulla fusione di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 649; GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972, p. 898.

¹⁰⁵ Cfr. Trib. Milano, 27.10.1997, cit.; Trib. Milano, 16.03.1996, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 39; Trib. Genova, 13.07.1992, in *Società*, 1993, p. 50, con nota di SANTAGATA C., *Condizioni di accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova*.

¹⁰⁶ Trib. Genova, 13.07.1992, cit., nonché in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 719, con nota di SANGIOVANNI V., *Il diritto di opposizione alla fusione*; Trib. Milano, 05.04.1984, cit.

Nonostante l'opposizione, il tribunale, ove ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per l'opponente, può disporre che l'operazione abbia luogo. Lo stesso dicasi se la società presti idonea garanzia o depositi le somme corrispondenti presso una banca. In questo caso, la decisione del tribunale implica una valutazione di merito sulla capacità della società di far fronte alle proprie obbligazioni. L'autorizzazione all'esecuzione della fusione in pendenza di giudizio ha l'effetto di rimuovere un ostacolo all'attuazione della fusione medesima. Al provvedimento deve, dunque, riconoscersi sostanziale funzione "cautelare"¹⁰⁷.

Sull'istanza di autorizzazione deve essere affermata la competenza del giudice istruttore, atteso che il provvedimento disposto ai sensi dell'art. 2503 c.c. è incidentale rispetto al giudizio (di merito) di opposizione del creditore, in relazione al quale assolve a funzione anticipatoria del contenuto definitivo della sentenza nel contemperamento degli opposti interessi del creditore e della società debitrice con finalità cautelare rispetto ai medesimi¹⁰⁸.

6. Sull'invalidità della fusione

Per quanto riguarda l'invalidità della fusione, l'art. 2504-*quater*, c.c.¹⁰⁹ rende omaggio ad esigenze di stabilità e di certezza dei rapporti societari e di effettività dell'organizzazione societaria¹¹⁰.

La funzione della norma si collega ad istanze di conservazione della società, esito dell'operazione di fusione e di garanzia di certezza delle situazioni giuridiche che ad essa si ricollegano¹¹¹.

L'art. 2504-*quater* c.c. prevede l'effetto di pubblicità sanante dell'atto di fusione¹¹². La norma è finalizzata ad evitare i devastanti effetti della retroattività della dichiarazione di invalidità della delibera di fusione con le conseguenti difficoltà di ricostruzione e

ricostituzione delle società fuse, aggravate peraltro dal travolgimento dei rapporti nel frattempo intrattenuti con i terzi.

La disposizione trova la propria *ratio* nell'esigenza di tutela della società che risulta dalla fusione in modo da evitare lo smembramento dell'organismo produttivo, con la riassegnazione giudiziale del proprio patrimonio a società, in tutto o in parte, estinte¹¹³.

Con l'iscrizione della fusione rimangono sanati tutti i possibili vizi del procedimento, sia quelli relativi all'atto di fusione vero e proprio sia le alterazioni patologiche inerenti il procedimento antecedente (o anche successivo) alla stipulazione del predetto atto, in quanto il termine *invalidità* (dell'art. 2504-*quater* c.c.) è comprensivo di ogni ipotesi di vizio dell'atto ed include i vizi di nullità ed annullabilità fatti valere in concreto¹¹⁴.

Quindi la sanatoria si estende a tutto il procedimento di fusione, non potendo sussistere alcun interesse concreto all'accoglimento di una domanda di invalidità di delibere che producono effetti esclusivamente all'interno del complesso procedimento di fusione¹¹⁵.

La S.C., confermando l'orientamento richiamato, ha stabilito, in riferimento all'inesistenza di una delle deliberazioni assembleari, che "in tema di fusione tra società, la preclusione della declaratoria di invalidità dell'atto di fusione, sancita dall'art. 2504-*quater* c.c. quale effetto dell'iscrizione nel registro delle imprese, tutela l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici, sicché, quando l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese sia avvenuta in base ad una sequenza procedimentale priva di riconoscibili anomalie esteriori, l'inesistenza giuridica di una delle deliberazioni assembleari propedeutiche alla fusione, nei limiti in cui essa possa essere ipotizzata, non determina l'inesistenza giuridica dell'atto di fusione, ormai iscritto nel registro, restando esclusa l'impugnabilità di quest'ultimo e risultando carente, pertanto, l'interesse all'accertamento dell'inesistenza della delibera prodromica"¹¹⁶.

Quindi eseguita l'ultima iscrizione dell'atto di fusione, l'invalidità non può essere pronunciata, sanan-

¹⁰⁷ Cfr. SFERRAZZA M., *Sull'efficacia dell'atto di fusione iscritto in pendenza del giudizio di opposizione*, in *Società*, 2013, 4, p. 411.

¹⁰⁸ Cfr. Trib. Milano, 16.03.1997, cit.

¹⁰⁹ Così il primo comma della norma: "Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata".

¹¹⁰ DE FALCO D., *Della fusione delle società*, sub. art. 2504 *quater* c.c., in *Codice Commentato delle società*, a cura di Bonfante, Corapi, De Angelis, Rordorf, Salafia, Napoleoni, Milano, 2011, 1598.

¹¹¹ L'orientamento comunitario vuole limitare i casi di nullità dell'operazione, infatti l'art. 10 della direttiva 2011/35/UE recita: "al fine di garantire la certezza del diritto delle relazioni sia fra le società interessate che fra queste e i terzi nonché fra gli azionisti, è necessario limitare i casi di nullità e stabilire, da una parte il principio della sanatoria e, dall'altra, un termine breve per l'esercizio delle azioni di nullità".

¹¹² Sull'argomento cfr. SPOLIDORO M.S., *La fusione*, in *Fusione e scissione di società*, a cura di Serra A., Spolidoro M.S., Torino, 1994; DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, p. 739; SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o di irregolarità dell'iscrizione*, in *Banca borsa*, 1996, p. 112.

¹¹³ SANGIOVANNI V., *Invalidità della fusione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 2010, 5, p. 379. Il socio che subisce una lesione dei propri diritti in conseguenza della fusione, ben può avvalersi della tutela cautelare, da azionare nel lasso di tempo che intercorre tra la delibera di fusione e l'iscrizione della stessa nel registro delle imprese (cfr. Trib. Genova, 21.12.2000; App. Milano, 18.01.2002; Trib. Prato, 25.05.2011).

¹¹⁴ Cfr. App. Milano, 15.07.1994, in *Società*, 1995, p. 376, con nota di COLAVOLPE A., *Fusione per incorporazione di banca s.p.a. in banca popolare*.

¹¹⁵ Cass., 20.12.2005, n. 28242, in *Giur. comm.*, 2007, 2, II, p. 339, con nota di GUERRIERI G., *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*

¹¹⁶ Cass., 01.06.2012, n. 8864.

dosi non solo i vizi attinenti all'atto in senso materiale, ma anche quelli di natura procedimentale.

L'invalidità della fusione può essere accertata con il fine di verificare la sussistenza di un diritto al risarcimento del danno in capo ai soci o ai terzi che lamentino un pregiudizio¹¹⁷. Il processo di tendenziale sostituzione delle tradizionali sanzioni reali con i rimedi di carattere obbligatorio, gradualmente affermatosi nel diritto societario, ha condotto alla codificazione di un unitario principio di stabilità delle operazioni straordinarie viziate, incentrato sulla tutela risarcitoria¹¹⁸.

In base alla disciplina della fusione, il danno patrimoniale ingiusto che nella fusione il socio subisce in conseguenza dell'applicazione di un cambio incongruo e sfavorevole si può infatti considerare in *re ipsa*. E il fatto che il suo risarcimento possa essere quantificato con criteri oggettivi non sta a significare che il rimedio sia di carattere indennitario. Il risarcimento, in vero, ha una funzione soggettivamente compensativa. La determinazione del danno risarcibile però non si può basare solo su indicatori patrimoniali soggettivi. Il raffronto fra la consistenza attuale del patrimonio del danneggiato e quella che sarebbe stata la consistenza di detto patrimonio in mancanza dell'illecito non è mai il frutto di una somma algebrica di valori esattamente determinati¹¹⁹. Quindi, i criteri di quantificazione del risarcimento che compensa il danneggiato della perdita possono essere i più vari, e quand'anche oggettivi¹²⁰ non discendono il carattere indennitario del rimedio applicato.

I soci ed i creditori che subiscono un pregiudizio a seguito della fusione possono impugnare la deliberazione di fusione per ottenere l'annullamento *ex artt.* 2377 e 2378 c.c.¹²¹, nonché per ottenere la declaratoria

di nullità ai sensi dell'art. 2379 c.c.¹²². Anche il diritto comunitario fa riferimento a questi due rimedi, prevedendo che la fusione può essere dichiarata nulla solo se viene accertato che la deliberazione dell'assemblea generale è nulla o annullabile in virtù del diritto nazionale¹²³. Inoltre, i soci ed i creditori, possono chiedere la sospensione in via d'urgenza della delibera impugnata di cui all'art. 2378, terzo comma, c.c.¹²⁴. Usufruiscono, infine, della tutela risarcitoria. Si tratta di una tutela riconosciuta in forma obbligatoria e non in forma reale, giacché non viene eliminato l'atto di fusione e tanto a conferma del preciso intento del legislatore di riconoscere e garantire – come precedentemente analizzato – stabilità al procedimento di fusione.

Sulle modalità del risarcimento del danno la giurisprudenza di merito ha sostenuto che accertata l'invalidità della fusione dopo le iscrizioni dell'atto di fusione è ammesso il ristoro per l'equivalente, con possibilità di risarcimento anche in forma specifica¹²⁵.

In riferimento alla responsabilità della società deliberante la fusione per i danni cagionati ai soci o ai terzi, questa deriva dalla stessa invalidità della delibera di fusione e dalla sussistenza del danno, senza necessità per l'attore di provare la colpa o il dolo degli amministratori, trattandosi di ipotesi distinta da quella dell'art. 2049 c.c., mentre tale elemento soggettivo sarà rilevante per far valere la responsabilità degli amministratori secondo la regola generale prevista dagli artt. 2043 e 2395 c.c.¹²⁶.

Per quanto concerne l'entità del risarcimento ed i criteri da seguire, in caso di incongrua determinazione del rapporto di cambio, l'entità del risarcimento del danno dovuto al socio va determinata non in base al raffronto tra la posizione del socio a seguito della fusione e la posizione che egli avrebbe avuto qualora la fusione non

¹¹⁷ Art. 2504-*quater*, comma 2, c.c.: "Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione".

¹¹⁸ Cfr. IERMANO, *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadesse, Portale, Torino, 2007, pp. 397 e 407.

¹¹⁹ La determinazione della consistenza del patrimonio in mancanza dell'illecito è una ipotesi e deve essere ricostruita criticamente; la responsabilità civile ha funzioni regolative che incidono anche su tale determinazione.

¹²⁰ Cfr. l'art. 125 del codice della proprietà industriale (adottato con d.lgs. 30/2005). Sull'argomento v. GENOVESE, *La tutela risarcitoria dell'azionista pregiudicato dalla fusione*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 73.

¹²¹ Per l'annullabilità l'art. 2377, comma 2, c.c. stabilisce che "le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impuginate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale". Intendendosi per dissenzienti i soci che abbiano negato, in qualsiasi forma manifestata in assemblea, il proprio contributo all'approvazione della delibera, attraverso il voto contrario o l'astensione, senza che rilevi la motivazione di tali comportamenti (Cass., 11.10.2006, n. 21816). In riferimento alla norma richiamata qualsiasi non conformità alla legge o allo statuto legittima l'impugnazione con il procedimento *ex artt.* 2378 c.c., ma con le eccezioni previste dal quinto comma dell'art.

2377 c.c.

¹²² Nei casi più gravi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto può essere fatta valere la nullità *ex artt.* 2379 c.c.: la deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione né a deposito. Cfr. Cass., 02.04.2007, n. 8221, i casi disciplinati dall'art. 2379 c.c. ricorrono quando il contenuto della deliberazione contrasta con norme dettate a tutela degli interessi generali, che trascendono l'interesse del singolo socio, dirette ad impedire deviazioni dallo scopo economico-pratico del rapporto di società; v. anche App. Salerno, 30.12.2003.

¹²³ Art. 22, § 1, lett. b), direttiva 78/855/CEE.

¹²⁴ Cfr. Trib. Trento, 26.11.2002: il riferimento della legge alla ricorrenza dei gravi motivi si correla alla necessità di ravvisare la sussistenza di un nesso causale fra l'esecuzione (ovvero la protrazione dell'efficacia) della deliberazione impugnata ed il pregiudizio temuto, ed implica un apprezzamento comparativo della gravità delle conseguenze derivanti, sia al socio impugnante sia alla società, dalla esecuzione e dalla successiva rimozione della deliberazione impugnata.

¹²⁵ V. Trib. Roma, 1.8.1994, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 89.

¹²⁶ Cfr. Trib. Milano, 2.11.2000.

fosse avvenuta, ma in base al raffronto fra la situazione del socio conseguente all'applicazione del rapporto di cambio incongruo e quella corrispondente al rapporto stesso dopo la correzione degli errori tecnici¹²⁷.

7. Considerazioni conclusive

Possiamo affermare che la scissione – così come la fusione – costituisce un'operazione potenzialmente pericolosa sia per i creditori della società partecipanti all'operazione, sia per i creditori particolari dei soci.

Come illustrato, a tutela dei creditori sociali o del creditore particolare del singolo socio, non è possibile invocare il rimedio tipicamente previsto dall'ordinamento per gli atti di disposizione in frode ai creditori rappresentato dall'azione revocatoria.

Per i creditori sociali si esclude l'azione revocatoria, poiché l'ordinamento ha al riguardo predisposto specifici rimedi rappresentati dalla responsabilità solidale di cui all'art. 2506-*quater* ultimo comma, c.c., e dall'opposizione *ex art.* 2503, c.c. Quest'ultimo rimedio, da un lato, intende tutelare i creditori sociali, dall'altro, concede ad essi un breve termine al riguardo, lasciando intendere che oltre tale termine la posizione dei creditori in quanto tale non può più essere posta a base di impugnative dirette a pregiudicare l'operatività della scissione.

L'art. 2504-*quater* c.c., richiamato dall'art. 2506-*ter*, ultimo comma, c.c., secondo il quale, eseguite le iscrizioni dell'atto di scissione a norma dell'art. 2504, secondo comma, c.c., l'invalidità dello stesso non può essere pronunciata, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla scissione, è un chiaro indice della volontà del legislatore diretta ad evitare che la stabilità della compagine sociale derivante dalla scissione possa essere compromessa da impugnative successive alla sua attuazione.

Per i creditori particolari del socio, laddove quest'ultimo voti fraudolentemente a favore della scissione che comporti un rapporto di cambio a lui sfavorevole, non può essere riconosciuta l'azione revocatoria. Infatti, nella fattispecie, l'utilizzo della predetta azione non sembra agevolmente praticabile, perché il creditore subisce un danno per effetto di una deliberazione assembleare, che non proviene dal suo debitore ma dalla società cui egli appartiene, nei confronti della quale egli non vanta alcun credito. Inoltre, non è nemmeno facile configurare nella predetta deliberazione un atto di disposizione patrimoniale imputabile ai singoli soci, avendo essa ben altra causa che quella di muovere ricchezze appartenenti ai singoli soci¹²⁸.

¹²⁷ Trib. Genova, 21.12.2000, in *Società*, 4, 2001, p. 449.

¹²⁸ SALAFIA V., *Funzione della relazione dell'esperto indicato dall'art. 2501 quinquies c.c.*, in *Società*, 2001, 434; CIVERRA E., *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., 66; MAGLIULO F., *La scissione delle società*, cit., 579. MANFEROCE T., *Il sistema dell'art. 2503*, cit., 988; SERRA A., SPOLIDORO M.S., *Fusioni e scissioni di società*, cit., 112. GASPERONI N., voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1061.

Usura bancaria: il "dilemma" degli interessi moratori. Cinque ragioni per le quali gli interessi moratori non dovrebbero sottostare al tasso soglia antiusura

sommario

1. Il contesto normativo. Tratti essenziali. - 2. La disciplina. - 3. Il "dilemma" degli interessi moratori. - 3.1. Le decisioni secondo le quali gli interessi moratori devono sottostare alla soglia di usura. - 3.2. I dubbi irrisolti dalla giurisprudenza di legittimità e le diverse prospettazioni sulla rilevanza degli interessi moratori. - 3.3. [Segue] Le cinque ragioni per le quali è possibile escludere la raffrontabilità degli interessi moratori al tasso soglia. - 4. Sull'illogicità della teoria della sommatoria tra interessi corrispettivi e moratori. - 5. Interessi moratori usurari. Effetti. La giurisprudenza di merito. - 6. Osservazioni conclusive.

1. Il Contesto normativo. Tratti essenziali

Fenomeno giuridico complesso, l'usura bancaria è oggi al centro di un vasto dibattito giurisprudenziale e dottrinale, che si esprime spesso in termini di contrapposizione tra "fazioni", a seconda che si intenda sostenere tesi favorevoli o contrarie *tout court* al sistema bancario.

Per tale motivo è opportuno fare chiarezza sulle questioni più "spinose" e – tuttora – irrisolte dalla giurisprudenza, in particolare da quella di legittimità, pronunziate in tempi recenti in termini da più parti equivocati.

L'analisi non può che prendere le mosse dal preliminare esame del contesto normativo, nel suo dato letterale che, di seguito, si riporta nei tratti essenziali:

- a) art. 644, comma 3 e 4, c.p. – Usura
"La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica e finanziaria.
Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a

- qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito".
b) art. 1815, comma 2, c.c. – Interessi
"Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".
c) art. 1, comma 1, d.l. 29.12. 2000 n. 394, di interpretazione autentica della l. n. 108/96, convertito nella l. n. 24 del 2001.
"Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, secondo comma, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento".
d) art. 1224, comma 1, 2 e 3, c.c. – Danni nelle obbligazioni pecuniarie.
"Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.
Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento.
Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori".

2. La disciplina

La disciplina giuridica dell'usura è articolata in un complesso di misure, sia di carattere civile che penale, il cui coordinamento appare indispensabile per consentire una più efficace repressione del fenomeno e si colloca in un contesto ove, accanto al principio dell'autonomia contrattuale e della libertà di iniziativa economica (v. art. 41, comma 1, Cost.), trova affermazione anche quello solidaristico (v. artt. 2, 3, 41, comma 2, Cost.), per effetto del quale non risultano più accettabili né un eccessivo squilibrio contrattuale, né una illimitata libertà delle parti nel fissare il contenuto del contratto.

Il contemperamento dei detti principi, sancito dalla Costituzione del '48, arricchisce di significato la norma "fondamentale" in materia di autonomia contrattuale, l'art. 1322 del codice del '42, ove si afferma

che «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge».

L'invasività dell'autorità statale nella sfera privata si articola in diverse direttrici, dalla limitazione alla libertà "di" contrarre (si pensi all'obbligo del monopolista *ex art. 2597 c.c.*), al giudizio di "meritevolezza" degli interessi perseguiti, laddove le parti scelgano di dar luogo ai cd. contratti "atipici" (*art. 1322, comma 2, c.c.*), sino all'intervento "diretto" nel contenuto del contratto, mediante la fattispecie dell'inserzione automatica di clausole, di cui all'*art. 1339 c.c.*¹.

In materia di prestiti di denaro², il legislatore (del 1996) è intervenuto con una disciplina peculiare, imponendo un preciso limite alla autonomia contrattuale delle parti nella determinazione convenzionale degli interessi, mediante l'individuazione di una soglia "oggettiva", oltre la quale gli interessi sono considerati usurari, un "ostacolo" di facile applicazione all'illecito godimento di un corrispettivo di un determinato capitale.

Tale limite è stato concepito precipuamente al fine di tutelare il mutuatario, quale parte debole nel rapporto con il mutuante (almeno quando il mutuante sia, come nella generalità dei casi, un istituto di credito), nell'ottica di salvaguardare l'equilibrio contrattuale³.

¹ Sul rapporto tra autonomia privata ed ordinamento si richiama, *ex multis*, le parole di CAMILLETTI, «è noto come, insito nel concetto di libertà, sia il concetto di limite, in quanto in una collettività organizzata la potestà del volere individuale, che non incontra limitazioni nei confronti degli altri soggetti o dell'ordinamento, non può essere qualificata libertà, ma arbitrio, e come tale non può ricevere tutela giuridica», in *Id.*, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 17.

² L'*art. 1815 c.c.*, norma di riferimento in materia di usura, è espressamente dettata in riferimento al contratto di mutuo (è infatti inserita nel capo XV – rubricato "del mutuo"). Tuttavia è pacifico, in dottrina ed in giurisprudenza, che il complesso di misure antiusura si estende ad ogni operazione *lato sensu* di finanziamento. A conferma di quanto appena detto, si richiamano i decreti ministeriali trimestrali, che recepiscono le rilevazioni trimestrali del TEGM, effettuate dalla Banca d'Italia, laddove sono riportate le differenti operazioni – per categorie omogenee – rilevanti ai fini del raffronto alla soglia di usura. Sul *web* in *www.bancaditalia.it*. Sul punto cfr. anche OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto penale e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 538.

³ "In materia contrattuale occorre distinguere tra equilibrio economico ed equilibrio normativo. Il primo concerne l'adeguatezza del prezzo o del corrispettivo ai beni o servizi che formano l'oggetto del contratto. Il secondo, invece, è riconducibile al rapporto tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto. Il cd. squilibrio economico non assume rilevanza, salvo in casi eccezionali, in quanto la legge non ammette un controllo sul sinallagma contrattuale". TURCO, *Il tasso soglia usurario e il contratto di mutuo*, in *Riv. not.*, vol. 59, n. 2 (marzo-aprile 2005), pp. 265-266, nt. 4. Sul punto cfr. anche PIERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; *Id.*, *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 319 ss.; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.;

È da evidenziare che, all'epoca in cui venne concepita la legge anti-usura, era particolarmente avvertita la necessità di ridurre l'area della discrezionalità del giudice e di prevenire l'emanazione di quei provvedimenti giurisprudenziali di "mediatica" evidenza, ove, a titolo meramente esemplificativo, era stata paradossalmente esclusa la natura usuraria dell'interesse, in casi in cui quest'ultimo era pari al 40% o, per soprappiù, al 50%⁴.

Indice di avvertita "urgenza" dell'intervento normativo in parola è l'approvazione della legge 7 marzo 1996, n.108, a Camere già sciolte (circo stanza che ha sollevato in molti il dubbio di legittimità costituzionale⁵), all'esito di un *iter* legislativo piuttosto breve.

Gli obiettivi perseguiti sono stati quelli di rendere la disciplina penale e civile dell'usura più facilmente applicabile conferendo un più marcato carattere oggettivo⁶ alla fattispecie vietata, ponendo un limite alla remunerazione del capitale concesso in prestito, con una netta semplificazione sotto il profilo probatorio, affidandosi ad un meccanismo di tipo matematico (e dunque – tendenzialmente – "automatico").

La legge ha così generato un sistema di rilevazione e determinazione di un preciso limite percentuale, oltre il quale un determinato finanziamento non può essere concesso, in modo da predeterminare numericamente il tasso massimo, oltre il quale gli interessi sono da considerarsi sempre usurari (cd. "tasso soglia").

Tale meccanismo viene attuato con la riforma dell'*art. 1815, comma 2, c.c.* e con l'introduzione (*rectius*, la riforma) di una norma penale (*art. 644 c.p.*), parzialmente in bianco, la quale risulta periodicamente integrata per effetto del disposto di cui all'*art. 2, comma 1* della legge n. 108/1996, che demanda direttamente al Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia⁷ e l'Ufficio Italiano dei Cambi, la rilevazione trimestrale del costo del denaro (*rectius*, del Tasso effettivo globale medio – praticato per categorie omogenee

CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in *Squilibrio ed usura* a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 377 ss.

⁴ Cass., 27 febbraio 1995, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 282 ss.; Cass., 17 gennaio 1992, in *Riv. pen.*, 1992, p. 756 ss.

Sul punto cfr. MANIACI, *Le regole sugli interessi usurari*, in CUFFARO, *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005, p. 90, nt. 82.

⁵ *Ivi*, p. 84.

⁶ Così, ad es., QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, cit., p. 63. Cfr. anche GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito (Ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto)*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 447: «nell'ottica del legislatore del 1996 ciò che colora di illiceità l'operazione negoziale è essenzialmente la circostanza che il sinallagma contrattuale si connota per la obiettiva disuguaglianza di valori tra prestazione e controprestazione».

⁷ Sui compiti tecnici della Banca d'Italia vedasi MARCELLI, *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*, in *Banche, consumatori e tutela del risparmio* (a cura di AMBROSINI – DEMARCHI), Milano, 2009, p. 433.

di operazioni dagli intermediari bancari e finanziari autorizzati e “comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito” (art. 644, comma 4, c.p.), lasciando all’autonomia delle parti la possibilità di maggiorarli fino ad una determinata percentuale, oltre la quale gli interessi sono sempre usurari. (cd. “tasso soglia”, da individuarsi attraverso la previsione incrementativa via via in vigore⁸).

Le rilevazioni dei tassi devono avvenire trimestralmente e far riferimento ai seguenti periodi di tempo:

- a) 1 gennaio - 31 marzo; b) 1 aprile - 30 giugno; c) 1 luglio - 30 settembre; d) 1 ottobre - 31 dicembre.

Oggetto di rilevazione sono i tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario in relazione a categorie omogenee di operazioni creditizie, ripartite a loro volta in classi di importo⁹, le quali poi devono essere dettagliate in modo esplicito in una precisa scheda riassuntiva.

La rilevazione, ad opera della Banca d’Italia, avviene, nel più ampio ambito di esercizio dei poteri di vigilanza di quest’ultima, attraverso la previsione di un apposito obbligo periodico di segnalazione, posto in capo alle banche iscritte nell’albo previsto dall’art. 13 del d.lgs. n. 385 del 1993 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – Tub), ai confidi ed agli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale previsto dall’art. 107 Tub, nonché agli intermediari finanziari iscritti nell’elenco generale ex art. 106 Tub inseriti nel campione di rilevazione. Le banche e gli intermediari finanziari iscritti nel corso del trimestre

di riferimento che non abbiano iniziato l’attività sono esonerati dall’invio della segnalazione.

Nell’intento di superare il sistema previgente, basato su valutazioni meramente soggettive e legate all’analisi dello stato di bisogno del debitore, nonché alla sua posizione di debolezza nell’ambito di un rapporto di finanziamento, il legislatore, rimodulando l’art. 644 c.p. e l’art. 1815 c.c., ha dato origine, dunque, ad un meccanismo attraverso il quale è possibile individuare, in maniera piuttosto agevole, il tetto massimo del tasso da applicare per ciascuna tipologia di finanziamento (operazione di credito), al di sopra del quale l’interesse diventa *ipso iure* usurario.

La fattispecie dell’usura “oggettiva”, con la totale assenza di qualsiasi riferimento alla situazione di debolezza economica della vittima del reato – se non in via residuale – è stata introdotta, non solo quale modalità di tutela “semplificata” per il cliente-mutuatario, ma anche al fine di imporre *l’ordine nel mercato del credito* agli intermediari finanziari che prestino i soldi in modo professionale, limitando il corrispettivo entro la soglia massima periodicamente fissata dall’autorità amministrativa – ad integrazione del dettato legislativo.

Il discorso si fa ancor più intelligibile, se solo si tiene in considerazione la nuova formulazione dell’art. 644 c.p., nel quale non si ritrova più il riferimento allo “stato di bisogno” del soggetto passivo (e correlativamente al requisito dell’approffittamento da parte del reo), mentre l’usura “soggettiva” è relegata a fattispecie “residuale”, con la norma di “chiusura” di cui al comma 3 cpv., ove è sancito che «sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all’opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

Orbene, benché il sistema sia stato creato per essere di facile applicazione, non poche sono state, all’indomani dell’approvazione della legge n. 108/1996, le questioni controverse che la giurisprudenza (di merito e di legittimità) è stata chiamata a chiarire, attraverso una vasta attività di interpretazione – spesso “creativa”.

Tra gli aspetti di maggiore incertezza, la questione circa la applicabilità della legge ai rapporti sorti prima della sua entrata in vigore, e non ancora esauriti.

A fronte di pronunce oscillanti, si può individuare un intervento chiarificatore da parte della Corte di cassazione nella sentenza n. 14899/2000 (invero conforme alle precedenti sentenze n. 11055/1998 e n. 5286/2000), laddove si è sancito che «di fronte ad un rapporto fra cittadino e banca che non si è già concluso nel momento dell’entrata in vigore della legge antiusura (perché all’istituto si deve ancora corrispon-

⁸ Secondo l’attuale disciplina, in vigore dal 01.07.2011, il tasso soglia viene determinato incrementando il Tasso effettivo globale medio di 1/4 e 4 punti percentuali, mentre, per i contratti conclusi dal 01.04.1997 al 30.06.2011, la soglia è individuata secondo la normativa previgente, secondo la formula: Tasso effettivo globale medio, aumentato della metà).

⁹ Accanto alla categoria contratto di mutuo a tasso fisso e variabile con garanzia reale, i decreti ministeriali di attuazione della l. n. 108 del 1996 elencano altre categorie, e precisamente: aperture di credito in conto corrente, finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e sconto di portafoglio commerciale, crediti personali e finalizzati, operazioni di *factoring*, operazioni di *leasing*, altri finanziamenti a breve e a medio-lungo termine. Successivamente sono stati aggiunti i crediti finalizzati all’acquisto rateale e i prestiti contro cessione del quinto dello stipendio; a partire dal d.m. 22 giugno 2004 pubblicato nella Gazz. Uff., 28 giugno 2004, n. 149 è stata introdotta la distinzione fra mutui a tasso fisso e mutui a tasso variabile ai fini della rilevazione dei T.E.G.M.; (D.M. 22 settembre 1998). Cfr. TURCO, *op. cit.*, p. 267, nt. 9. Nella rilevazione del 24 dicembre 2009 le categorie erano diventate 14 mentre nella ultima rilevazione del 19 dicembre 2013 sono divenute 13, e precisamente: 1) aperture di credito in conto corrente; 2) scoperti senza affidamento; 3) anticipi e sconti commerciali; 4) *factoring*; 5) credito personale; 6) altri finanziamenti alle famiglie e alle imprese; 7) prestiti contro cessione del quinto dello stipendio e della pensione; 8) *leasing* autoveicoli e aeronavali; 9) *leasing* immobiliare; 10) *leasing* strumentale; 11) credito finalizzato all’acquisto rateale; 12) credito *revolving*; 13) mutui con garanzia ipotecaria.

dere le rate di somma capitale e gli interessi), i giudici non potevano escludere la possibilità di rilevare d'ufficio la nullità della clausola del contratto relativa agli interessi. Non basta infatti dire che l'accordo sia stato formalizzato prima del 1996. Non si può insomma far proseguire una pattuizione di interessi che siano eventualmente divenuti usurari, di fronte ad un principio introdotto nel nostro ordinamento con un valore generale ed assoluto».

Tale pronuncia appare in linea con le precedenti sentenze della stessa Corte sulla considerazione del momento rilevante ai fini della valutazione di usurarietà, dovendosi pertanto avere riguardo, non solo al tempo in cui gli interessi fossero stati concordati fra banca e cliente ma anche a quello in cui essi dovessero essere corrisposti, tenute presenti le disposizioni di legge in materia d'usura vigenti al momento del pagamento delle rate di mutuo comprensive di interessi (sentenze 11055/1998 e 5286/2000).

Non è difficile immaginare la portata "dirompente" di un tale orientamento: affermare, configurando la categoria della cd. usurarietà sopravvenuta, la possibilità di dichiarare nulle clausole contrattuali pattuite – sia chiaro, legittimamente – prima dell'entrata in vigore della legge n.108/1996, significava rimettere in discussione un enorme complesso di rapporti bancari ed aprire un contenzioso in danno delle banche, di tanto ampia proporzione da mettere in discussione la stessa stabilità del mercato del credito, senza considerare il forte impatto sul principio di certezza del diritto.

In un contesto di totale incertezza normativa, si pone l'intervento di interpretazione autentica del 2000/2001.

Tra le circostanze straordinarie di necessità e d'urgenza, specificamente indicate nel preambolo a giustificazione dell'adozione del decreto-legge 394 del 29 dicembre 2000, si fa espresso riferimento agli «effetti che la sentenza della Corte di cassazione n. 14899/2000 può determinare in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale», ed inoltre, dalla Relazione governativa di accompagnamento del progetto di conversione, si legge che l'orientamento espresso dalla suddetta pronuncia «determina un'indubbia incertezza giuridica in ordine alla legittimità delle pattuizioni di interessi nei mutui a tasso fisso», in quanto l'interpretazione della Corte prefigura la possibilità di una "usurarietà sopravvenuta" per quei tassi che, successivamente al momento in cui furono pattuiti, divengano superiori al tasso soglia di volta in volta rilevato. Questo può accadere sia per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, sia per quelli perfezionati successivamente. Una simile interpretazione vanifica la rilevanza del tasso liberamente concordato fra le parti, io rende incerto nel tempo, finisce per mettere in crisi l'operatività a tasso fisso».

Dietro tale ultima affermazione, si cela la reale finalità del Governo, vale a dire quella di prevenire i rischi connessi alle numerose richieste di rimborso (di interessi già pagati) provenienti dai mutuatari, già preannunciate da alcune associazioni dei consumatori, ed evitare l'instaurazione di un contenzioso di ampie proporzioni¹⁰.

Può essere così compreso il dettato del primo comma dell'art. 1 della legge di conversione (28 febbraio 2001, n. 24), il quale dispone che «ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

Il legislatore, con quella che da taluno è stata qualificata come *interpretatio abrogans*, più che come mera interpretazione autentica, ha inteso dare rilevanza, ai fini dell'applicazione della norma penale, nonché della sanzione punitiva di cui all'art. 1815, comma 2, c.c., unicamente al momento della pattuizione del contratto di mutuo.

Mai, come in tal caso, l'analisi del contesto storico (e normativo) di un intervento legislativo consente di ricostruire in maniera precisa la *voluntas legis* e, in definitiva, la *ratio* della norma di interpretazione autentica: sancire l'irretroattività della legge n. 108/1996 e precludere la declaratoria di nullità sopravvenuta delle clausole di interessi eccedenti il tasso soglia, contenute in contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge medesima.

3. Il "dilemma" degli interessi moratori

Valutando analiticamente il dettato normativo del legislatore del 2000-2001 si nota che, nel fornire l'autentica interpretazione della normativa antiusura, questi ha fatto espresso riferimento agli «interessi [...] a qualunque titolo pattuiti», riprendendo chiaramente l'espressione "a qualunque titolo" dall'art. 644 c.p. (che però, come meglio si dirà *infra*, si riferisce unicamente alle "remunerazioni" – e non, genericamente, agli interessi).

Di qui il filone interpretativo che ha ritenuto, ai fini dell'usura, non debba operarsi alcuna distinzione tra interessi corrispettivi e interessi moratori, con conseguente sottoposizione di ogni onere – anche eventuale ed anche a titolo risarcitorio – alle soglie individuate secondo i meccanismi di cui alla legge n. 108 del 1996.

Per la verità, a tracciare il "solco" di tale orientamento giurisprudenziale è stata una pronuncia precedente all'intervento di interpretazione autentica (Cass. civ., 22 aprile 2000, n. 5286), i cui effetti sono stati poi "amplificati" dalla giurisprudenza di legittimi-

¹⁰ Cfr. MANIACI, *op. cit.*, p. 122.

tà successiva al d.l. n. 324/2000, segno evidente che quest'ultimo non ha trovato una soluzione ai tanti problemi ermeneutici suscitati dalla normativa antiusura del '96, finendo altresì per complicare ulteriormente i termini della questione.

3.1. Le decisioni secondo le quali anche gli interessi moratori devono sottostare alla soglia di usura

Tre sono le decisioni degne di nota nel senso appena descritto, (Cass. 22.04. 2000 n. 5286; Cass. 04.04.2003 n. 5324; Cass. 09.01.2013 n. 350), con le quali la Cassazione ha sancito – e poi confermato – il seguente principio: «...ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori»¹¹.

¹¹ Può essere utile rileggere, oltre al principio di massima, integralmente i passi salienti delle indicate pronunce, che di seguito si riportano, al fine di chiarire le argomentazioni conseguenti.

Cass. civ., 22.04.2000, n. 5286: «Va subito detto che, proprio con riferimento a tale ultima disposizione, la non copiosa giurisprudenza di merito e la dottrina si sono occupate essenzialmente del problema delle conseguenze sui contratti di mutuo già stipulati alla data di entrata in vigore della nuova normativa: in altri termini, con esclusivo riguardo alla natura compensativa degli interessi pattuiti. Tuttavia, non v'è ragione per escluderne l'applicabilità anche nell'ipotesi di assunzione dell'obbligazione di corrispondere interessi moratori, risultati di gran lunga eccedenti lo stesso tasso soglia: va rilevato, infatti, che la legge n. 108 del 1996 ha individuato un unico criterio ai fini dell'accertamento del carattere usurario degli interessi (la formulazione dell'art. 1, terzo comma, ha valore assoluto in tal senso) e che nel sistema era già presente un principio di omogeneità di trattamento degli interessi, pur nella diversità di funzione, come emerge anche dall'art.1224, primo comma, Codice civile, nella parte in cui prevede che «se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura». Il ritardo colpevole, poi, non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge»

Cass. civ., 04.04.2003, n. 5324: «Per quanto concerne, poi, l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 644 c.p. come sostituito dall'art. 1 L. n. 108 del 1996 ove interpretato nel senso di riguardare solo i tassi corrispettivi e non quelli moratori, è agevole rilevarne l'irrelevanza e/o la manifesta infondatezza, osservando: che secondo le supreme magistrature, il tasso-soglia di cui alla citata legge n. 108/1996 riguarda anche gli interessi moratori (Cass. 17 novembre 2000, n. 14899 e Corte cost. 25 febbraio 2002, n. 29) ma, nella specie, siffatta normativa non trova applicazione, trattandosi di tassi convenuti prima della data della sua entrata in vigore mentre, d'altro canto, a tale data il rapporto si era completamente esaurito (conf. Cass. 2 febbraio 2000, n. 1126 e 17 novembre 2000, n. 14899). Anche l'eccezione di incostituzionalità va, quindi, disattesa».

Cass. civ., 09.01.2013, n. 350: «La stessa censura (sub b), invece, è fondata in relazione al tasso usurario perché dalla trascrizione dell'atto di appello risulta che parte ricorrente aveva specificamente censurato il calcolo del tasso pattuito in raffronto con il tasso soglia senza tenere conto della maggiorazione di tre punti a titolo di mora, laddove, invece, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815, comma 2, c.c., si intendono

Al di là del principio di massima – e per averne conferma si invita alla lettura del testo completo delle tre pronunce – analizzando le argomentazioni degli Ermellini, solo la sentenza Cass. 22.04.2000 n. 5286 si è soffermata specificamente sulla questione degli interessi moratori, affermando che la legge n. 108 del 1996 ha individuato un «unico criterio ai fini dell'accertamento del carattere usurario degli interessi» ed, ancora, che «il ritardo colpevole [del debitore nell'adempimento, ndr], poi, non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge».

Nelle altre decisioni (ed in tutte quelle conformi successive al 2000) i giudici di legittimità non hanno operato alcuno specifico approfondimento in merito alla diversa natura degli interessi corrispettivi e moratori, limitandosi a statuire – *per relationem* – che entrambi debbano sottostare al tasso soglia, senza però in alcun modo specificare le possibili conseguenze in caso di superamento della soglia per effetto dell'applicazione degli interessi moratori.

3.2. I dubbi irrisolti dalla giurisprudenza di legittimità e le diverse prospettazioni sulla rilevanza degli interessi moratori

Nonostante le segnalate decisioni, tutte concordi nel prestare adesione a quel dato normativo apparentemente incontrovertibile (gli interessi promessi e convenuti “a qualunque titolo”), può ritenersi che vi siano ancora ampi margini per prospettare l'inconfigurabilità della natura usuraria degli interessi moratori, analizzando alcuni elementi sfuggiti al vaglio dalla Suprema Corte (evidentemente perché fuori dal *thema decidendum* dei singoli casi all'attenzione degli Ermellini), ovvero ritenuti ininfluenti, ma rilevanti ai fini della presente analisi.

È peraltro da ricordare, senza alcun intento didattico, che l'orientamento dei Giudici di legittimità, nonostante l'autorevolezza ed il valore “persuasivo”, non vincola in alcun modo i singoli giudici di merito che si trovino successivamente a dover interpretare la medesima normativa, soprattutto in casi in cui la Cassazione lasci insoluti numerosi interrogativi.

Ebbene, partendo dall'analisi del contesto normativo, non può prescindere dal dato – già segnalato *supra* – per il quale l'intera disciplina trova la sua fonte primaria nell'art. 644 c.p. ed è basata sull'integrazione extratestuale di quest'ultima norma con i decreti mini-

usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori (Corte cost. 25 febbraio 2002 n. 29: “il riferimento, contenuto nel d.l. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, agli interessi a qualunque titolo convenuti rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori”; Cass., n. 5324/2003)».

steriali che, trimestralmente, recepiscono i tassi effettivi globali medi rilevati dalla Banca d'Italia.

Sulla scorta di tali valori, individuati per categorie omogenee di operazioni di finanziamento, viene determinato il "tasso soglia".

Orbene, le "istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi", fornite dalla Banca d'Italia, espressamente escludono dal «trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG» (cfr. C4 lett. d) «gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo».

Vieppiù, a far data dal decreto di rilevazione emesso 23 marzo 2003 è stato rilevato, a meri fini statistici e conoscitivi, il limite degli interessi moratori nella misura del 2,1%.

Tali indicazioni trovano conferma negli ultimi «chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura» forniti della Banca d'Italia il 3 luglio 2013¹², secondo cui «gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG».

In particolare, precisa la Banca d'Italia «sono esclusi dal calcolo del TEG: a) le imposte e tasse; b) le spese notarili (es. onorario, visure catastali, iscrizione nei pubblici registri, spese relative al trasferimento della proprietà oggetto di *leasing*); c) i costi di gestione del conto sul quale vengono registrate le operazioni di pagamento e di prelievo, i costi relativi all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permetta di effettuare pagamenti e prelievi e gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento, a meno che il conto non sia a servizio esclusivo del finanziamento; d) gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo; e) con riferimento al *factoring* e al *leasing*, i compensi per prestazioni di servizi accessori di tipo amministrativo non direttamente connessi con l'operazione di finanziamento.

Le penali a carico del cliente previste in caso di estinzione anticipata del rapporto, laddove consentite, sono da ritenersi meramente eventuali e quindi non vanno aggiunte alle spese di chiusura della pratica».

Del resto, il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, relativo alla pubblicazione dei tassi d'usura sposa le decisioni della Banca d'Italia e riporta all'art. 3, comma 2. quanto segue: «le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art.2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia».

La mancata inclusione del tasso moratorio nel TEGM trimestralmente rilevato può facilmente spiegarsi sulla base della natura assai diversa del primo ri-

spetto all'interesse corrispettivo, che il cliente è tenuto a pagare a titolo di remunerazione del prestito erogato.

Diversamente da quest'ultimo, infatti, il tasso di mora è un interesse legato al ritardo nell'adempimento della prestazione, dunque la sua applicazione è effetto della rottura dell'equilibrio sinallagmatico, addebitabile ad un evento patologico legato alla sfera volontaria e/o consapevole¹³ del cliente che si rende inadempiente.

È opportuno rimarcare, in via preliminare, che l'interesse moratorio ha una duplice funzione:

- da un lato, quella di tenere indenne il creditore dal danno subito per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione;
- dall'altro, predeterminando – sostanzialmente – la misura di tale danno, quella di "proteggere" il debitore, nella misura in cui al creditore è preclusa l'azione per il risarcimento del maggior danno derivante dall'inadempimento.

Nonostante la lettura datane dalla Corte costituzionale e dalla Suprema Corte, resta da valutare se la disposizione dell'art. 644 c.p., comma quarto¹⁴, rafforzato dalla successiva legge n. 24 del 200, art. 1, comma primo¹⁵, di interpretazione autentica dell'art. 1815 c.c. sia effettivamente riferibile anche agli interessi moratori, dovendosi rilevare, in senso contrario, che la sua formulazione letterale ha esplicito ed esclusivo riguardo agli interessi od altri vantaggi pattuiti o conseguiti a fronte della "prestazione di denaro o di altra utilità" (v. ivi, comma 1) ed ai costi connessi "all'erogazione del credito" (v. ivi, comma 4) e che l'inciso "a qualunque titolo" contenuto nella legge di interpretazione autentica non è inequivocabilmente riferito alla natura (corrispettiva o moratoria) degli interessi convenuti dalle parti, ben potendosi interpretare come inteso a sanzionare qualunque modalità di pattuizione di interessi corrispettivi *ultra legem*, tale essendo l'oggetto della norma interpretata.

Tale dubbio viene posto in quanto le dette decisioni appaiono di difficile lettura, anche a causa della non cristallina identificazione del caso deciso e della dubbia

¹³ Con i termini "volontaria" e "consapevole" non vuole intendersi che il sistema normativo vigente assegni rilevanza alla componente "soggettiva" dell'inadempimento, dal momento che l'applicazione degli interessi moratori consegue – automaticamente – all'inadempimento, tuttavia l'espedito risulta necessario per la validità dell'analisi che si intende portare avanti.

¹⁴ Art. 644, comma 4, c.p. – "Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito".

¹⁵ D.l. n. 324/2000, conv.in legge con modificazioni nella l. n. 24 del 2001 (di interpretazione autentica dell'art. 1815 c.c.) – Art. 1, comma primo – "Ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento".

¹² Sul web in <http://www.expertcreditoris.it/provvedimenti/usura-e-interessi-moratori-i-chiarimenti-della-banca-d-italia-del-3-luglio-2013.html>

presa di posizione, non avendo in alcun modo espresso in modo diretto un concetto chiaro e univoco.

3.3. [Segue] Le cinque ragioni per le quali è possibile escludere la raffrontabilità degli interessi moratori al tasso soglia

A tale punto dell'analisi, può giungersi alla messa in evidenza di diversi elementi sui quali potrebbe fondarsi la tesi della inconfigurabilità, ai sensi dell'art. 644 c.p. e per gli effetti dell'art. 1815, secondo comma, c.c., della natura usuraria degli interessi moratori.

In particolare:

- 1) gli interessi corrispettivi ed interessi di mora sono assai diversi tra loro per natura e funzioni, in quanto entità giuridicamente ed economicamente disomogenee, costituendo i primi la misura di remunerazione del capitale concesso in credito (e, per quanto qui interessa, di rimborso dei connessi costi) e i secondi quella del risarcimento del danno, dovuto in caso di inadempimento del conseguente obbligo restitutorio, come conferma la stessa rubrica dell'art. 1224 c.c.¹⁶; gli interessi moratori compensano il creditore per la perdita di disponibilità di somme di denaro che esso non ha accettato, ma che solo subisce per effetto del ritardo nel pagamento che gli è dovuto e per un periodo di tempo non prevedibile. Il fatto che la misura degli interessi moratori possa essere preconcordata tra le parti non incide sulla differenza rilevata, perché "pre-liquidare l'ammontare del danno non muta la natura giuridica del debito risarcitorio"¹⁷;
- 2) gli elementi di costo del credito che non sono in alcun modo contemplati nel calcolo dei tassi soglia in quanto espressamente esclusi dalla Banca d'Italia dal calcolo del Teg, atteso che le rilevazioni hanno ad oggetto gli interessi corrispettivi e gli altri oneri espressamente indicati nelle istruzioni emanate dall'organo di vigilanza;
- 3) con ulteriore norma di interpretazione autentica, contenuta nell'art. 2-bis, comma 2, d.l. n. 185/2008, il legislatore, nell'elencare le voci componenti il calcolo del TEGM ha menzionato: «gli interessi... commissioni e provvigioni derivanti da

clausole che prevedono una remunerazione in favore della Banca», confermando in tal modo che gli interessi che rilevano ai fini dell'usurarietà sono quelli che svolgono la funzione di remunerazione e non già sanzionatoria/risarcitoria per l'inadempimento (gli interessi moratori, per l'appunto);

- 4) le istruzioni della Banca d'Italia, che escludono i tassi di mora dagli elementi rilevanti ai fini del Teg, sebbene non siano vincolanti per i giudici, in quanto non costituiscono fonte normativa¹⁸, vincolano, sul piano degli effetti, gli istituti bancari nella loro attività di conclusione di contratti di finanziamento. In altri termini, se gli enti creditizi sono costantemente sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, non possono che attenersi alle direttive imposte da quest'ultima. Se ne deduce che è praticamente inesigibile da parte di questi ultimi una condotta che si ponga in contrasto con le istruzioni dell'organo di vigilanza, per aderire agli orientamenti via via elaborati dalla giurisprudenza. Tale argomento spiega, ad esempio, perché a più riprese sia stata esclusa la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di usura, in capo agli esponenti di vertice degli istituti bancari imputati¹⁹;
- 5) l'espressione "si intendono usurari" è una formula che viene utilizzata dalla norma di interpretazione autentica (art. 1 del d.l. n. 394/200, convertito in legge n. 24/2001) ai fini dell'applicazione degli art. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.

Orbene, come già evidenziato *supra*, la norma penale fa riferimento alle "remunerazioni", concetto nel quale, a rigor di logica, può farsi rientrare solo la categoria degli interessi corrispettivi²⁰ e non quella degli interessi moratori.

Andando al di là del dato teorico riassunto nei cinque punti sopraelencati, la tesi che qui vuol sostenersi può giovare di un esempio "di scuola", per quanto concretamente verificabile.

L'esempio concreto è il seguente:

- a) si ponga il caso di un contratto di finanziamento in cui siano pattuiti esclusivamente gli interessi corrispettivi e non quelli moratori;

¹⁶ Cass., 10 maggio 1966, n. 1217, in CIAN, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2010, "Gli interessi convenzionali nel mutuo hanno una funzione diversa dagli interessi moratori; gli uni, pattuiti dalle parti, costituiscono per il mutuante il corrispettivo delle utilità che il mutuatario trae dalla disponibilità del denaro preso in mutuo, gli altri invece sono dovuti, nella misura e con gli effetti previsti nell'art. 1224, per il fatto del ritardo del debitore nell'adempimento delle obbligazioni che, come il mutuo, hanno per oggetto una somma di denaro e costituiscono la liquidazione operata *ex lege* del danno presuntivo che l'inadempimento ha prodotto al creditore".

¹⁷ Sul punto cfr. Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, decisione n. 1875/2014 – sul web in <http://www.expertecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-gli-interessi-moratori-usurai-vanno-sanzionati-a-norma-dell-art-1384-cc-in-quantito-debito-risarcitorio.html>

¹⁸ *Ex multis*, cfr. App. Milano, Rel. C. R. Raineri, sent. 22.08.2013 n. 3283, sul web in <http://www.expertecreditoris.it/provvedimenti/usura-nel-tasso-praticato-va-incluso-il-coste-della-polizza-assicurativa.html>

¹⁹ *Ex multis*, cfr. Trib. Torino, sent. 17.02.2014, n. 1244, Giud. M. Giusta, sul web in <http://www.expertecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-inesigibilita-di-condotte-difformi-dalle-istruzioni-della-banca-d-italia.html>

²⁰ A sostegno di tale argomentazione può rilevarsi che, in riferimento al reato di usura, l'art. 644 c.p. testualmente fa riferimento agli interessi dati o promessi "in corrispettivo" di una prestazione di denaro o di altra utilità". *Contra*, vi è chi sostiene che il termine "in corrispettivo" è contenuto in una norma penale, che lo utilizza in senso atecnico e – sicuramente – non in senso civilistico. Cfr. Rossi, *Mutui Bancari. L'usurarietà dei tassi di mora*, in *Investimenti finanziari*, fasc. n. 1/2014, sul web in www.almaiura.it.

- b) si consideri poi che, in un ipotetico periodo storico, il “maggior” danno da inadempimento (correntemente equiparato al danno da svalutazione monetaria) risulti particolarmente rilevante, per effetto di un elevatissimo tasso di inflazione (esempio: uscita dell’Italia dal sistema monetario unico europeo);
- c) si dia il caso in cui il creditore mutuante agisca giuridicamente per la restituzione del capitale, degli interessi corrispettivi e del maggior danno *ex art.* 1224, secondo comma, c.c.

Orbene, nel caso appena prospettato, ci si può chiedere se il giudice che si trovi a dover operare la liquidazione del danno da inadempimento (e del “maggior danno” dovuto ai sensi dell’art. 1224 c.c.) sia tenuto rispettare il limite stabilito dalla legge n. 108/1996, pari al massimo del tasso soglia di cui ai decreti ministeriali, quale parametro legale, oltre il quale il risarcimento debba ritenersi “usurario”.

La risposta più probabile a tale interrogativo, in assenza di previsioni normative espressamente contrarie – almeno all’interno della speciale normativa antiusura – è che il giudice, nella liquidazione del maggior danno, non debba ritenersi vincolato al rispetto della soglia di usura, in quanto il legislatore, con la riforma *ex lege* n. 108/1996, non ha modificato l’art. 1224 c.c., lasciando inalterata la disciplina espressamente i danni nelle obbligazioni pecuniarie.

Se il creditore, dunque, ha la possibilità di conseguire la liquidazione del “maggior danno” (lucro cessante e danno da svalutazione monetaria) in un importo superiore al limite massimo del tasso soglia, non si vede perché – in sede di pre-liquidazione del danno, attraverso la pattuizione dell’interesse moratorio – tale facoltà debba essere preclusa.

Con ciò, si badi, non si vuol sostenere la tesi della conseguibilità di vantaggi usurari attraverso la pattuizione – sistematica – dei soli interessi moratori oltre-soglia, ma si vuol solo affermare che la fonte di tutela del mutuatario a fronte dell’eccessività del tasso di mora non sarebbe da individuarsi nella normativa “speciale” di cui alla legge n. 108/1996.

A fortiori, in una prospettiva “sistematica”, che tenga conto della peculiare natura degli interessi moratori, può sostenersi che la disciplina di questi ultimi si ponga “fuori” dall’ambito di applicabilità della legge n. 108/1996.

In caso di pattuizione di un tasso moratorio eccessivo (per ipotesi sopra-soglia) il debitore inadempiente avrà, infatti, a disposizione l’ordinario rimedio codicistico di cui all’art. 1384 c.c. (riduzione equitativa della penale eccessiva), nonché la possibilità di dimostrare che la pattuizione di un tasso di mora eccessivo sia parte di un disegno volto ad eludere l’applicazione della normativa antiusura, per l’effetto configurandosi la fattispecie di cui all’art. 1344 c.c. (contratto in frode alla legge), ovvero l’applicabilità comunque della san-

zione di cui all’art. 1815, comma 2, c.c., in via estensiva, come prospettato in talune decisioni dell’Arbitro bancario finanziario²¹.

Così ricostruita la fattispecie, la funzione della legge n. 108/1996, in buona sostanza, è unicamente quella di disciplinare la percezione di compensi eccessivi (attraverso il meccanismo delle soglie di usura per categorie omogenee di operazioni di finanziamento), ma in alcun modo di limitare la conseguibilità degli importi dovuti a titolo di danni, in quanto viceversa sarebbe stata necessaria una modifica della disciplina di cui all’art. 1224, terzo comma, c.c. (o, quantomeno, un’espressa deroga alla stessa).

In tale ottica, potrebbero formularsi le seguenti (provvisorie) conclusioni:

- a) tutto ciò che rappresenta un “compenso” della somma erogata deve sottostare al tasso soglia ed alla sanzione punitiva dell’art. 1815, secondo comma, c.c. (questo è l’unico limite posto alla autonomia privata);
- b) quanto concerne il danno da inadempimento *e/o* maggior danno, quale è quello da ritardo nell’adempimento delle obbligazioni pecuniarie, resta liberamente disciplinato dalle parti e, come tale, va apprezzato e valutato dal giudice, tenuto anche conto del rimedio di cui all’art. 1384 c.c., in considerazione della diversità di funzione degli interessi moratori rispetto a quelli corrispettivi, funzione che è quella di fissare preventivamente la misura percentuale del danno da inadempimento, così escludendo l’applicabilità dell’art. 1224, comma 2, c.c.

Non tragga in inganno il riferimento qui operato all’art. 1224 c.c., norma che, in alcuni passi delle pronunce della Cassazione sopra citate, viene individuata come espressione del principio di omogeneità di trattamento degli interessi²², dal momento che l’angolo visuale che si intende adoperare in questa analisi è quello della diversità di natura e funzione degli interessi moratori rispetto a quelli corrispettivi.

Tale diversità non esclude che – in taluni ambiti e nella *intentio legis* dei redattori del codice del ’42 – i due interessi possano essere trattati in maniera omogenea. Tuttavia, nell’ambito del coordinamento con una norma speciale – quale è la legge antiusura – non può prescindere dal rilievo sull’incompatibilità di un tale trattamento omogeneo con gli specifici meccanismi previsti per la rilevazione del tasso soglia e con le precise finalità che il legislatore del ’96 ha inteso conseguire.

4. Sull’illogicità della teoria della sommatoria tra interessi corrispettivi e moratori

L’ultimo “arresto” della Corte di cassazione sul punto della rilevanza degli interessi moratori ai fini

²¹ *Ex multis*, Collegio di coordinamento ABF n. 1875/2014, cit.

²² Sul punto cfr. Cass. civ., 22.04.2000, n. 5286, per la quale si veda *supra*, nt. 11.

dell'usura – la sentenza n. 350 del 9 gennaio 2013 – ha determinato in molti, tra gli operatori del diritto, l'erronea convinzione che la Suprema Corte abbia espresso un principio “rivoluzionario”, secondo il quale gli interessi corrispettivi vadano sempre sommati con quelli moratori al fine di determinare il tasso contrattuale applicato al rapporto.

Tanto è il frutto di una interpretazione – per nulla univoca – del *dictum* degli Ermellini, limitatisi ad affermare che: «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815, comma 2, c.c. si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori».

Quest'ultimo inciso («anche a titolo di interessi moratori») non può essere strumentalmente utilizzato per sancire la necessità di effettuare una somma tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori ai fini di operare il raffronto al tasso soglia.

Sul punto la giurisprudenza di merito è ormai chiaramente ed univocamente orientata a respingere la tesi di quei mutuatari che, per fare un esempio concreto, posto x il tasso corrispettivo in termini percentuali e $x+a\%$ il tasso moratorio (dove $a\%$ indica la maggiorazione a titolo di mora e non già il tasso di mora unitariamente considerato), pretendano di raffrontare alla soglia di usura il valore numerico risultante dalla sommatoria di $x+(x+a\%)$, onde ottenere, come in concreto si sta verificando nelle aule di Tribunale, la ripetizione di interessi già corrisposti.

Una tale operazione è del tutto illogica e priva di validità giuridica²³, dal momento che il mutuatario non si troverà mai (ben inteso, a meno di specifiche pattuizioni contrattuali differenti, ed a condizione che non si verifichi illegittima capitalizzazione) a dover corrispondere contemporaneamente interessi moratori ed interessi corrispettivi.

Trattasi di interessi sostitutivi – e non additivi – come ben sottolineato, tra gli altri, dal Tribunale di Trani e dal Tribunale di Napoli²⁴ nelle loro più recenti pronunce in materia.

²³ In questi termini si è espresso, tra gli altri, il Trib. Trani, dott. ssa, sent. 10.03.2014, Giud. F. Pastore per la quale si veda *infra*, 4).

²⁴ Cfr. sentenza 18 aprile 2014 n. 5949 del Tribunale di Napoli, Giud. dott. Massimiliano Sacchi, sul web in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-natura-sostitutiva-e-non-additiva-del-tasso-dimora.html>, nonché ordinanza del 15 aprile 2014 del Tribunale di Napoli, Giud. dott. Nicola Mazzocca, sul web in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-irrazionale-la-sommatoria-degli-interessi-moratori-con-quelli-corrispettivi.html>, nonché ordinanza 10 marzo 2014 del Tribunale di Trani, Giud. dott.ssa Francesca Pastore, sul web in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-la-sommatoria-fra-il-tasso-debitore-e-quello-moratorio-e-un-errore-di-carattere-logico-oltre-che-giuridico.html>.

Sull'erroneità di una diversa prospettazione può citarsi nuovamente il caso “limite” sopra costruito, vale a dire la fattispecie in cui non vi sia stata la pattuizione degli interessi moratori.

Orbene, va rammentato che l'art. 1224 c.c., nel disciplinare i danni nelle obbligazioni pecuniarie, testualmente prevede: «Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Per tale ragione il debitore inadempiente dovrà gli interessi legali sul prestito anche se non vi è stata una specifica pattuizione. Nell'ipotesi in cui prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura».

Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento.

Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori».

In caso di mancata pattuizione degli interessi moratori, la norma in questione prescrive che siano dovuti gli interessi di mora “nella stessa misura” degli interessi corrispettivi (*rectius*, degli “interessi in misura superiore a quella legale”), nel senso che, posto x il tasso corrispettivo, sarà x anche il tasso di mora.

La domanda è, in tale ipotesi, se possa sostenersi che l'interesse dovuto dal mutuatario inadempiente sia pari alla somma di $x+x$.

Con sufficiente certezza, a tale interrogativo può darsi risposta negativa, dal momento che il tasso di mora (in sé considerato – e nel caso limite prospettato esattamente pari al tasso corrispettivo) va ad applicarsi sull'unica obbligazione nascente dall'inadempimento²⁵.

²⁵ Cfr. Trib. Napoli, Giud. dott. Nicola Mazzocca, nell'ordinanza citata in nota 25, in cui si afferma la natura sostitutiva del tasso di mora, «venendo lo stesso in rilievo in via eventuale solo per l'ipotesi di inadempimento e su di una somma complessivamente considerata, ove la parte cui si è tenuti per la quota originariamente prevista quale interesse si è ormai inglobata nel capitale, perdendo la propria originaria vocazione e natura di interesse». *Contra*, parte della giurisprudenza sostiene che la scadenza della rata (ed, in generale, dell'obbligazione) comprensiva di capitale ed interessi corrispettivi non determina il venir meno dell'autonomia di natura e/o funzione degli elementi che la compongono. Sul punto cfr. Cass. civ., sez. I, 22.05.2014, n. 11400, in cui la Corte ha affermato che «la formazione delle rate di rimborso, nella misura composta predeterminata di capitale ed interessi, attiene alle mere modalità di adempimento di due obbligazioni poste a carico del mutuatario – aventi ad oggetto l'una la restituzione della somma ricevuta in prestito e l'altra la corresponsione degli interessi per il suo godimento – che sono ontologicamente distinte e rispondono a finalità diverse. Il fatto che nella rata esse concorrano, allo scopo di consentire all'obbligato di adempiervi in via differita nel tempo, non è dunque sufficiente a mutarne la natura né ad eliminarne l'autonomia [...] con la conseguenza che la banca mutuataria non può pretendere il pagamento degli interessi moratori sul credito scaduto per interessi corrispettivi». Peraltro tale pronuncia, in cui gli Ermellini si soffermano sul di-

Di conseguenza può dirsi, tornando alle ipotesi normalmente verificabili nella pratica, che non è dato sostenere l'usurarietà di un contratto di mutuo operando l'addizione tra gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori e raffrontando il valore risultante al tasso soglia di riferimento.

Una prospettazione di tal fatta può persino dar luogo ad un'ipotesi di responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c., essendo palesemente incompatibile con la logica giuridica e finanziaria.

Tale tesi, lungi dall'essere mera elucubrazione della dottrina, trova conferma in una serie di recenti pronunce giurisprudenziali, di seguito massimate, alla lettura delle quali si rinvia per approfondimenti.

a) Trib. Verona, sent. 28.04.2014, Giud. A. Mirenda²⁶:

«In materia di usura bancaria, non rileva il cumulo degli interessi corrispettivi ultralegali con gli interessi moratori, ai fini del raffronto al tasso-soglia.

Gli artt. 644 c.p. e 1815 c.c. – insuscettibili di interpretazione analogica – fanno chiaro riferimento alle prestazioni di natura “corrispettiva” gravanti sul mutuuario, legate alla fisiologica attuazione del programma negoziale. Restano, così, escluse le prestazioni accidentali, sinallagmaticamente riconducibili al futuro inadempimento e destinate ad assolvere, in chiave punitiva, alla funzione di “moral suasion” finalizzata al corretto adempimento del contratto».

b) Trib. Napoli, sent. 18.04.2014, n. 5949, Giud. M. Sacchi²⁷:

«In materia di usura bancaria, salvo pattuizioni contrarie, gli interessi di mora si applicano in sostituzione dei corrispettivi. È priva di pregio la deduzione di usurarietà di un contratto di mutuo fondata sulla somma aritmetica di interessi di mora ed interessi corrispettivi. Dalla nota sentenza della Corte di cassazione n. 350/2013, infatti, non può desumersi il principio secondo cui interessi moratori e corrispettivi

vadano sempre sommati tra di loro, al fine di verificare il superamento della soglia dell'usura».

c) Trib. Napoli, sez. V, ord. 15.04.2014, Giud. N. Mazzocca²⁸:

«In materia di usura bancaria, per effetto della differente natura dell'interesse corrispettivo e di quello moratorio, al secondo va attribuita natura sostitutiva e non additiva del tasso corrispettivo, venendo lo stesso in rilievo in via eventuale solo per l'ipotesi di inadempimento e su di una somma complessivamente considerata, ove la parte cui si è tenuti per la quota originariamente prevista quale interesse si è ormai inglobata nel capitale, perdendo la propria originaria vocazione e natura di interesse.

Laddove la sentenza n. 350/2013 della Suprema Corte fa riferimento alla “maggiorazione di tre punti a titolo di mora” non vuole intendersi l'affermazione di principio circa la necessità di effettuare una sommatoria tra i tassi corrispettivi e i tassi moratori in relazione al limite del tasso soglia, ma si ha semplicemente riguardo ad una modalità di pattuizione di quello specifico tasso di mora contrattuale, che così come contrattato, nella fattispecie esaminata dal Giudice di legittimità, risultava moratorio, in sé e per sé considerato, ed a prescindere da qualsivoglia sommatoria con il tasso relativo agli interessi corrispettivi.

Dall'interpretazione favorevole al cumulo dei due interessi deriverebbe una funzione abnorme, laddove, per l'ipotesi di inadempimento del contratto di mutuo e di mancato pagamento degli interessi corrispettivi, il tasso di mora, per non oltrepassare il tasso soglia dovrebbe essere contenuto nella differenza tra il tasso moratorio (calcolato come somma del corrispettivo e della maggiorazione per l'inadempimento) e il tasso corrispettivo, con evidente ed irrazionale contenuto premiale riconosciuto in favore del contraente mutuuario a fronte di un palese inadempimento del contratto».

d) Trib. Trani, sent. 10.03.2014, Giud. F. Pastore²⁹:

«Interessi corrispettivi ed interessi moratori, pattuiti come tassi diversi e alternativi, applicabili in ipotesi distinte e alternative non possono essere cumulativamente valutati ai fini del raffronto con il tasso soglia ex l.108/1996.

Sostenere che il tasso soglia ex l. n.108/1996 sarebbe superato per effetto della sommatoria fra il tasso debitore del mutuo e quello moratorio è un errore di carattere logico oltre che giuridico.

Pur in ipotesi di superamento della soglia antiusura per effetto della sommatoria dei due tassi, si determinerebbe – al più – che non sono dovuti gli interessi

verso tema della deroga al divieto di anatocismo per i mutui bancari, se, da un lato rigetta la tesi per la quale gli interessi scaduti vengono automaticamente “conglobati” nel capitale, dall'altro giunge all'affermazione per la quale – nei contratti di mutuo bancario e sotto la vigenza del T.u.b., così come integrato dall'art. 3 della delibera CICR del 9.2.2000 – «in caso di inadempimento del debitore l'importo complessivamente dovuto alla scadenza di ciascuna rata può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi dalla data di scadenza e sino al momento del pagamento», essendo lecita in tal caso la deroga pattizia al divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c. Resta aperto l'interrogativo, in fattispecie di tale sorta, sul combinarsi dei due fattori (interesse corrispettivo ed interesse moratorio – lecitamente – maturato anche sulla quota parte di corrispettivo) rispetto al tasso effettivo da raffrontare alla soglia di usura.

²⁶ Sul web in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-non-rileva-il-cumulo-degli-interessi-corrispettivi-con-gli-interessi-moratori.html>

²⁷ Sul web in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-natura-sostitutiva-e-non-additiva-del-tasso-di-mora.html>

²⁸ Sul web in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-irrazionale-la-sommatoria-degli-interessi-moratori-con-quelli-corrispettivi.html>

²⁹ Sul web in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-la-sommatoria-fra-il-tasso-debitore-e-quello-moratorio-e-un-errore-di-carattere-logico-oltre-che-giuridico.html>

moratori, e non, tout court, che non siano dovuti anche gli interessi corrispettivi che, in ogni caso, siano stati pattuiti entro la soglia».

5. Interessi moratori usurari. Effetti.

La giurisprudenza di merito

Dandosi atto dell'audacia della tesi riportata *sub* 3.2), e nell'ottica di una corretta ricostruzione del principio enunciato dalla Suprema Corte (in sent. n. 350/2013), dev'essere chiarita la sorte giuridica di quelle fattispecie in cui il mutuatario richieda in giudizio la declaratoria di nullità *ex art.* 1815, comma 2, c.c. della clausola relativa agli interessi, qualora il tasso corrispettivo risulti lecitamente pattuito entro la soglia, mentre l'interesse moratorio (in sé considerato) risulti usurario.

Per risolvere tale questione, va tenuto in debito conto che la nullità sanzionatoria di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. nel bilanciamento dei contrapposti interessi del cliente e dell'intermediario, potrebbe risultare ingiustificata per quest'ultimo, qualora il mutuatario voglia ottenere (a prescindere dalla applicazione o meno in concreto degli interessi di mora) la nullità *tout court* della clausola determinativa degli interessi, con la conseguente restituzione di quelli corrispettivi rientranti nel limite di legge, se singolarmente valutati.

Tenendo conto che l'eccezionalità del rimedio di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. si giustifica solo all'interno dello specifico sistema di contrasto del fenomeno dell'usura, può affermarsi che tale sanzione non sia suscettibile di applicazione estensiva.

Ed infatti, la giurisprudenza di merito³⁰ è ormai

³⁰ «In materia di usura bancaria, allorché il contratto di mutuo preveda un tasso moratorio superiore al c.d. "tasso soglia", ma l'interesse corrispettivo pattuito non superi detto limite, ad essere sanzionata con la nullità sarà solo la clausola riguardante gli interessi moratori e non anche quella degli interessi corrispettivi. Gli interessi corrispettivi sono comunque dovuti, infatti, perché pattuiti in misura inferiore al tasso usurario stabilito all'epoca della conclusione del contratto». Cfr. Trib. Napoli, sez. V, ord. 28.01.2014, Giud. E. Ardituro, sul *web* in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-valida-la-clausola-dei-corrispettivi-anche-in-caso-di-violazione-dei-soli-interessi-moratori.html>

«Il tasso di mora nominale è oggetto di autonoma verifica rispetto al tasso soglia e ciò in ragione della sua autonoma e distinta funzione quale penalità per il ritardato adempimento, fatto imputabile al mutuatario e solo eventuale, la cui incidenza va rapportata al protrarsi e all'entità dell'inadempimento. Ne consegue che, ove detto tasso risultasse pattuito in termini da superare il tasso soglia rilevato all'epoca della stipulazione del contratto, la pattuizione del tasso di mora sarebbe nulla, *ex art.* 1815, comma 2, c.c. (e quindi non applicabile), con l'effetto che, in caso di ritardo o inadempimento, non potranno essere applicati interessi di mora, ma saranno unicamente dovuti i soli interessi corrispettivi». Cfr. Trib. Milano, sez. VI, ord. 28.01.2014, Giud. L. Cosentini, sul *web* in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-se-il-tasso-moratorio-e-usurario-gli-interessi-corrispettivi-sono-sempre-dovuti.html>

«Interessi corrispettivi ed interessi moratori, pattuiti come tassi diversi e alternativi, applicabili in ipotesi distinte e alternative

orientata a riconoscere che interessi moratori ed interessi corrispettivi siano oggetto di due distinte clausole pattizie, da valutare autonomamente ai fini della normativa antiusura.

In altri termini, se anche gli interessi moratori devono sottostare alle soglie di usura, qualora questi siano pattuiti in misura superiore ad essi (soli) sarà applicata la sanzione della nullità *ex art.* 1815, comma 2, c.c., mentre saranno comunque dovuti gli interessi corrispettivi, ove lecitamente pattuiti al di sotto la soglia.

Ciò perché, dandosi atto della sostitutività (e non additività) di interessi corrispettivi ed interessi moratori, pattuiti come tassi diversi e alternativi, applicabili in ipotesi distinte e alternative, gli stessi non possono che essere autonomamente valutati ai fini del raffronto con il tasso soglia.

L'argomentazione è piuttosto lineare: perché possa aversi la sanzione di cui all'art. 1815, comma 2, c.c., occorre che gli interessi siano "promessi o comunque convenuti" con effetto giuridicamente rilevante. «Da ciò discende – mutuando le parole dell'Abf – che la somma [tra interessi moratori e corrispettivi, ndr] che il ricorrente propone può essere presa in considerazione solo se ad essa corrisponde una somma di obblighi di pagamento». Ne discende che non può riservarsi il medesimo trattamento giuridico a due grandezze ap-

non possono essere cumulativamente valutati ai fini del raffronto con il tasso soglia *ex L.* 108/1996.

Sostenere che il tasso soglia *ex L.* 108/1996 sarebbe superato per effetto della sommatoria fra il tasso debitore del mutuo e quello moratorio è un errore di carattere logico oltre che giuridico.

Pur in ipotesi di superamento della soglia antiusura per effetto della sommatoria dei due tassi, si determinerebbe – al più – che non sono dovuti gli interessi moratori, e non, tout court, che non siano dovuti anche gli interessi corrispettivi che, in ogni caso, siano stati pattuiti entro la soglia». Cfr. Trib. Trani, sent. 10.03.2014, Giud. F. Pastore, in pagina *web*, cit.

«Interessi corrispettivi ed interessi di mora non si cumulano al fine della valutazione di usurarietà di un contratto di finanziamento in quanto i due tipi di tassi siano assai diversi tra loro per natura e funzioni in quanto si tratta di entità giuridicamente ed economicamente disomogenee, costituendo i primi la misura di remunerazione del capitale concesso in credito (e, per quanto qui interessa, di rimborso dei connessi costi) e i secondi quella del risarcimento del danno, dovuto in caso di inadempimento del conseguente obbligo restitutorio, come conferma la stessa rubrica dell'art. 1224 c.c.

Gli elementi di costo del credito che non siano contemplati nel calcolo dei tassi soglia non possono essere assoggettati all'applicazione della normativa antiusura.

È giuridicamente scorretto estendere agli interessi moratori la specifica disciplina sanzionatoria prevista, agli effetti civili, dall'art. 1815, comma 2, cc.

Qualora la pattuizione del tasso moratorio appaia manifestamente iniqua, si applicherà, anche d'ufficio, la disciplina di cui all'art. 1384 c.c., che prevede la riducibilità della clausola penale eccessiva e non la nullità punitiva *ex art.* 1815 comma 2, c.c.». Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di coordinamento, decisione n. 1875 del 28 marzo 2014, in pagina *web*, cit.

partenenti ad ordini diversi, aventi natura e funzioni differenti.

Alla luce di tale valutazione, così come la disomogeneità dei valori ne esclude l'additività per il confronto con la soglia di usura, una volta affermata – volendo applicare il principio statuito dalla Cassazione e criticato *supra* – la necessità che anche gli interessi moratori siano pattuiti e/o applicati rispettando limite *ex l.* n. 108/1996, non potrà che sostenersi l'autonomia di valutazione dei due tassi e, *quoad effectum*, l'autonomia della loro sorte giudiziale.

6. Osservazioni conclusive

Dall'analisi svolta, e dall'esame delle decisioni giurisprudenziali riportate *supra*, possono sinteticamente trarsi le seguenti conclusioni:

1. gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori non vanno sommati ai fini della valutazione di usurarietà di un contratto di finanziamento;
2. gli interessi corrispettivi e moratori assolvono a due funzioni assolutamente differenti e sono due grandezze assolutamente omogenee tra loro non cumulabili, in quanto, per effetto della scadenza dell'obbligazione si deve valutare una somma complessivamente considerata, ove la quota degli interessi corrispettivi originariamente previsti quale interesse vengono inglobati nel capitale perdendo la propria originaria vocazione e natura di interesse;
3. gli interessi corrispettivi pattuiti nei limiti del tasso soglia, in ogni caso, sono sempre dovuti, anche se gli interessi moratori superano il tasso soglia.

Pertanto, pur volendo includere i tassi moratori nei limiti dell'usura, gli stessi non genereranno mai un fenomeno di usura "originaria"³¹, atteso che l'applicazione di questi ultimi è sempre e solo eventuale, legata all'inadempimento del debitore, che, per definizione, non può dirsi mai moroso al momento della pattuizione.

La confusione, da più parti operata, è quella di non prendere in considerazione l'effettiva diversità di funzione degli interessi moratori, che hanno la finalità di fissare preventivamente il danno da inadempimento, escludendo, così, la richiesta del maggior danno *ex art.* 1224, comma 2, c.c. e non quella di remunerare il capitale, fenomeno che la normativa antiusura intende contenere entro determinate soglie.

La mera pattuizione di interessi moratori oltre "soglia" non comporta, in ogni caso, l'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c. all'intero contratto, dal momento che comunque saranno dovuti gli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti, con eventuale nulli-

tà dei soli interessi moratori³², in ragione della natura risarcitoria della relativa obbligazione, che si ricava anche da una lettura alternativa – sopra prospettata – dell'art. 1224 c.c.

³¹ Esula dalla presente analisi qualsivoglia approfondimento sulla configurabilità dell'usura sopravvenuta, categoria nella quale qualche Autore riconduce la questione dell'usurarietà degli interessi moratori. Sul punto, cfr. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, II, spec. p. 507 ss.

³² Ovvero, come prospettato *sub* 3.2) dovrà ricorrersi all'applicazione dell'art. 1384 c.c.

Daria Valletta

Magistrato presso il Tribunale di Napoli

Tutela della proprietà tra azione di rivendicazione e azione personale di restituzione del bene immobile

Nota a Corte di cassazione, sez. un., 28 marzo 2014, n. 7305

Proprietà – Azioni a difesa della – Richiesta di rilascio del bene detenuto sine titulo del quale l'attore assuma di essere proprietario senza chiedere l'accertamento della proprietà – Natura dell'azione – Azione di rivendicazione o azione personale di restituzione – Questione sollevata dalla sez. II con ordinanza interlocutoria n. 16553/13 (Ric. 24444/10). Rel. 149/2013

In tema di azioni a difesa della proprietà, le difese di carattere petitorio opposte, in via di eccezione o con domande riconvenzionali, ad un'azione di rilascio o consegna non comportano – in ossequio al principio di disponibilità della domanda e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato – una “mutatio” od “emendatio libelli”, ossia la trasformazione in reale della domanda proposta e mantenuta ferma dell'attore come personale per la restituzione del bene in precedenza volontariamente trasmesso al convenuto, né, in ogni caso, implicano che l'attore sia tenuto a soddisfare il correlato gravoso onere probatorio inerente le azioni reali (cosiddetta “probatio diabolica”), la cui prova, idonea a paralizzare la pretesa attorea, incombe solo sul convenuto in dipendenza delle proprie difese.

Cass. civ, sez. un., 28 marzo 2014, n. 7305

Pres. Rovelli; Est. Bucciantè

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con sentenza del 13 febbraio 2004 il Tribunale di Bari – sezione distaccata di Bitonto, condannò il convenuto P.V. a rilasciare all'attore M.G. un immobile sito in Giovinazzo.

Impugnata dal soccombente, la decisione è stata riformata dalla Corte d'appello di Bari che con sentenza del 13 aprile 2010 ha rigettato la domanda proposta da M.G. rilevando che costui non aveva dato prova del vantato suo diritto di proprietà sul bene in questione.

M.G. ha proposto ricorso per cassazione, in base a un motivo. P.V. si è costituito con controricorso e ha presentato memorie.

Motivi della decisione

L'eccezione di inammissibilità del ricorso – sollevata dal resistente nel presupposto che la firma della procura in calce all'atto sia stata autenticata soltanto

da uno dei due difensori di M, non abilitato al patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori – va disattesa, poiché la certificazione di autografia è sottoscritta invece da entrambi gli avvocati nominati dal ricorrente.

Con il motivo addotto a sostegno dell'impugnazione M.G. deduce che la propria domanda è stata arbitrariamente immutata dalla Corte d'appello da personale in reale, per l'incongrua ragione del carattere petitorio delle difese che ad essa erano state opposte in via riconvenzionale da P.V.

Nella materia cui si riferisce la censura, formulata dal ricorrente la giurisprudenza di legittimità non sempre è stata univoca, sicché nel suo ambito si sono verificati contrasti, per la cui composizione la causa è stata assegnata alle Sezioni Unite.

Unanimemente si riconosce che *le azioni di rivendicazione e di restituzione sono accomunate dallo scopo pratico cui entrambe tendono – ottenere la disponibilità materiale di un bene, della quale si è privi – ma si distinguono nettamente per la natura, poiché all'analogia del petitum non corrisponde quella delle rispettive causae petendi: la proprietà per l'una, un rapporto obbligatorio per l'altra. La prima è connotata quindi da realtà e assolutezza, la seconda da personalità e relatività. Nella rivendicazione la ragione giuridica e l'oggetto del giudizio coincidono, identificandosi nel diritto di proprietà, di cui l'attore deve dare la cd. probatio diabolica, dimostrando un acquisto del bene avvenuto a titolo originario da parte sua o di uno dei propri danti causa a titolo derivativo (acquisto che per lo più deriva dall'usucapione, maturata eventualmente mediante i meccanismi dell'accessione o dell'unione dei possessi). Nel caso dell'azione di restituzione si verte invece su una prestazione di dare, derivante da un rapporto di carattere obbligatorio.*

Ciò stante, sono due le questioni su cui si sono delineati contrasti nella giurisprudenza di questa Corte: se le difese di carattere petitorio opposte a un'azione di rilascio o consegna comportino la trasformazione in reale della domanda che sia stata proposta e mantenuta ferma dall'attore come personale; se sia inquadrabile nell'una o nell'altra specie l'azione esercitata nei confronti di chi non accampa alcun titolo a giustificazione della disponibilità materiale del bene oggetto della controversia.

L'incidenza delle ragioni dominicali fatte valere dal convenuto era stata inizialmente limitata – con le sen-

tenze 17 novembre 1977 n. 5027, 20 novembre 1979 n. 6061, 22 gennaio 1980 n. 518, 12 maggio 1980 n. 3126, 2 febbraio 1982 n. 613 – alla distribuzione della competenza per valore tra il pretore e il tribunale. Successivamente si è tuttavia affermato – con le sentenze 26 settembre 1991 n. 10073, 2 giugno 1998 n. 5397, 30 giugno 1998 n. 6403, 19 maggio 2006 n. 11774 – che tali difese hanno anche l'effetto di modificare in azione di rivendicazione quella di restituzione esercitata dall'attore e se ne è desunto che egli viene quindi ad essere gravato dell'onere di fornire la *probatio diabolica*, per poter ottenere il rilascio o la consegna del bene.

Che dal vanto del convenuto possano derivare conseguenze di tal genere, è stato invece negato con le sentenze 9 settembre 1998 n. 8930, 12 ottobre 2000 n. 13605, 27 febbraio 2001 n. 2908, 26 febbraio 2007 n. 4416, 27 gennaio 2009 n. 1929, 23 dicembre 2010 n. 26003, 17 gennaio 2011 n. 884.

Tra questi due orientamenti, ritiene il collegio che debba essere seguito il secondo, stante la sua coerenza con i basilari principi di disponibilità e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, che riservano alle parti la formulazione delle loro richieste, la deduzione delle relative ragioni, l'allegazione dei fatti su cui esse si fondano, mentre vietano al giudice di pronunciare al di fuori o oltre i limiti delle domande come effettivamente proposte. Il destinatario di un'azione personale di restituzione, pertanto, può bensì contrastarla con eccezioni o domande riconvenzionali di carattere petitorio, senza tuttavia che ciò dia luogo a una *mutatio* o *emendatio libelli*, che non sono consentite neppure all'attore, se non nei ristretti limiti stabiliti dall'art. 183 c.p.c. La domanda di restituzione, in ipotesi, sarà allora respinta non perché la *probatio diabolica* non sia stata data dall'attore, ma ove sia stata fornita dal convenuto, il quale con le sue deduzioni se ne era accollato l'onere, proponendo, egli sì, in via riconvenzionale, un'eccezione o azione di carattere reale. Dal piano dei diritti relativi di natura obbligatoria, sul quale l'interessato ha inteso porre la sua pretesa, questa non può dunque essere dislocata, per iniziativa altrui, nel campo dei diritti assoluti di natura reale, con la conseguenza di addossare all'attore, tra l'altro, un compito probatorio particolarmente pesante, per assolvere il quale egli non era tenuto ad approntarsi. L'argomento che (unicamente) viene posto a fondamento della tesi della trasformazione della domanda – dovere il giudice «decidere sulla sussistenza del diritto di proprietà vantato da una parte e negato dall'altra» – non è dunque congruente con la conseguenza che si pretende di trarne.

Resta comunque salvo il potere del giudice di dare della domanda l'esatta qualificazione giuridica, eventualmente in difformità da quella prospettata dalla parte, ma sempre alla stregua dei fatti allegati, delle ragioni esposte, delle richieste formulate.

È appunto sul tema della qualificazione giuridica delle domande di rilascio o consegna di un bene, che

si è delineato nell'ambito della giurisprudenza di legittimità l'ulteriore contrasto da risolvere.

Il possibile fondamento delle azioni personali di restituzione è stato generalmente ravvisato – con le sentenze: 11 luglio 1981 n. 4507, 7 gennaio 1983 n. 120, 8 luglio 1983 n. 4589, 28 gennaio 1985 n. 439, 30 novembre 1987 n. 7162, 26 giugno 1991 n. 7162, 19 luglio 1996 n. 6522, 19 febbraio 2002 n. 2392, 4 luglio 2005 n. 14135 – nell'invalidità oppure nell'esaurimento, per risoluzione, per rescissione, per esercizio della facoltà di recesso, per decorso del termine di durata e così via, del rapporto di natura obbligatoria in base al quale il convenuto aveva conseguito la detenzione del bene.

Ma talvolta, in alternativa a queste ipotesi – con le sentenze: 5 aprile 1984 n. 2210, 12 ottobre 2000 n. 13605, 27 febbraio 2001 n. 2908, 10 dicembre 2004 n. 23086, 26 febbraio 2007 n. 4416, 23 dicembre 2010 n. 26003, 24 luglio 2013 n. 17941 – è stato inserito nel novero dei presupposti delle azioni di cui si tratta anche quello dell'assoluta iniziale insussistenza di qualsiasi titolo giustificativo della disponibilità materiale della cosa da parte del convenuto.

L'opposto principio è stato enunciato con le sentenze 4 luglio 2005 n. 14135 e 14 gennaio 2013 n. 705, secondo cui non è azione di restituzione ma di rivendicazione quella «con cui l'attore chieda di dichiarare abusiva ed illegittima l'occupazione di un immobile di sua proprietà da parte del convenuto, con conseguente condanna dello stesso al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni da essa derivanti, senza ricollegare la propria pretesa al venir meno di un negozio giuridico, che avesse giustificato la consegna della cosa e la relazione di fatto sussistente tra questa ed il medesimo convenuto».

A quest'ultimo indirizzo occorre aderire, poiché l'azione personale di restituzione, come già dice il nome, è destinata a ottenere l'adempimento dell'obbligazione di ritrasferire una cosa che è stata in precedenza volontariamente trasmessa dall'attore al convenuto, in forza di negozi quali la locazione, il comodato, il deposito e così via, che non presuppongono necessariamente nel *tradens* la qualità di proprietario. Essa non può pertanto surrogare l'azione di rivendicazione, con elusione del relativo rigoroso onere probatorio, quando la condanna al rilascio o alla consegna viene chiesta nei confronti di chi dispone di fatto del bene nell'assenza anche originaria di ogni titolo. In questo caso la domanda è tipicamente di rivendicazione, poiché il suo fondamento risiede non in un rapporto obbligatorio personale *inter partes*, ma nel diritto di proprietà tutelato *erga omnes*, del quale occorre quindi che venga data la piena dimostrazione, mediante la *probatio diabolica*. La tesi opposta comporta la sostanziale vanificazione della stessa previsione legislativa dell'azione di rivendicazione, il cui campo di applicazione resterebbe praticamente azzerato, se si potesse esercitare un'azio-

ne personale di restituzione nei confronti del detentore *sine titulo*.

Alla luce dei suesposti principi, il ricorso risulta infondato.

È vero, infatti, che la Corte d'appello erroneamente ha ritenuto che l'assunto di P.V. – di avere usucapito l'immobile in questione – avesse potuto trasformare la natura della domanda proposta da M.G. Questa, tuttavia, doveva essere qualificata in realtà come di rivendicazione e non di restituzione, poiché si basava sull'affermazione della proprietà del bene dell'attore e della totale mancanza *ab origine* di ogni titolo giustificativo della detenzione del convenuto, come emerge dagli atti di causa, che questa Corte può direttamente prendere in esame, stante il carattere di *error in procedendo* del vizio denunciato: M.G. ha convenuto in giudizio P.V. affermandosi proprietario dell'immobile per averlo acquistato da R.F. e deducendo che la venditrice già in precedenza ne aveva consegnato le chiavi in via precaria a un terzo, il quale a sua volta le aveva abusivamente date al convenuto; ha quindi chiesto la condanna di costui «all'immediato rilascio di detto immobile da egli detenuto *sine titulo*».

La sentenza impugnata, respingendo la domanda per la mancata prova della proprietà dell'attore, ha dunque pronunciato in maniera conforme al diritto, anche se ne deve essere corretta la motivazione nei sensi sopra precisati.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione vengono compensate tra le parti per giusti motivi, vertendo la causa su temi che hanno dato luogo a contrasti nella giurisprudenza di legittimità.

(*Omissis*)

***Nota a sentenza

sommario

1. La fattispecie in esame. - 2. L'ordinanza 2 luglio 2013, n. 16553. - 3. L'azione di rivendicazione e l'azione di restituzione del bene immobile. - 4. I principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 7305 del 28.03.20145. - 5. Brevi cenni conclusivi.

1. La fattispecie in esame

La decisione in commento appare di notevole interesse in quanto offre soluzione a due distinte questioni inerenti l'identificazione dei "confini" dell'azione di rivendicazione, in ordine alle quali si erano registrate in giurisprudenza posizioni non omogenee, tali da giustificare l'intervento delle Sezioni Unite.

Nel caso concreto sottoposto all'esame della Suprema Corte Tizio, premettendo di essere proprietario di un certo bene immobile per averlo acquistato da Mevio, aveva convenuto in giudizio Caio, affermando

che quest'ultimo deteneva il bene senza averne titolo: l'immobile era infatti stato consegnato a Caio da un soggetto il quale lo aveva ricevuto a titolo meramente precario da Mevio. Caio, costituitosi in giudizio, contestava che l'attore fosse titolare del diritto di proprietà del bene, assumendo di avere acquistato egli stesso tale diritto per usucapione.

All'esito del giudizio di primo grado la domanda attorea trovava accoglimento, ma il *decisum* veniva ribaltato dalla Corte d'appello: i giudici di secondo grado ritenevano infatti che le difese svolte dal convenuto avessero trasformato l'azione personale di restituzione originariamente proposta dall'attore in azione reale di rivendicazione, con conseguente onere in capo a Tizio di fornire la cd. *probatio diabolica* della titolarità del diritto di proprietà vantato. Poiché tale onere non era stato assolto, la domanda di restituzione del bene veniva respinta.

Avverso tale decisione Tizio proponeva ricorso per Cassazione, sostenendo di aver esercitato un'azione di natura personale e che la titolarità del bene era stata allegata solo ai fini di consentire al giudice adito il vaglio sulla legittimazione ad agire: erroneamente, dunque, la Corte di appello aveva qualificato l'azione come reale in forza delle sole difese svolte dal convenuto.

2. L'ordinanza 2 luglio 2013, n. 16553

La II sezione della Suprema Corte investita del gravame, rimetteva la questione al vaglio delle Sezioni Unite civili, osservando che la necessità di un intervento chiarificatore era posta dall'esistenza di due opposti orientamenti nella giurisprudenza della Cassazione, relativi alla qualificazione dell'azione di rilascio di un immobile esperita contro chi lo detiene *sine titulo* da chi assuma di esserne proprietario senza però fornire in giudizio la prova del proprio acquisto¹.

In particolare, la II sezione formulava il seguente quesito: se debba qualificarsi come personale e non reale l'azione di rilascio di un immobile detenuto senza titolo, del quale si assuma di essere proprietario senza chiedere anche l'accertamento del proprio diritto (come, appunto, nel caso concreto in esame), ovvero se l'azione sia personale solo in caso di invalidità o inefficacia del titolo in forza del quale al convenuto sia stata trasferita la detenzione².

La Corte rammenta in proposito, nella citata ordinanza interlocutoria, i due orientamenti affermatasi sulla questione: secondo una prima tesi, mancando la domanda di accertamento della proprietà, ha natura personale sia l'azione di restituzione basata sul venir meno della validità o efficacia del titolo, sia l'azione di restituzione basata sull'insussistenza originaria del

¹ Cass., sez. II, ord. 2 luglio 2013, n. 16553.

² Per la ricostruzione dei diversi orientamenti giurisprudenziali si veda anche: Costanza, *Azione di rivendicazione e onere della prova*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 121 ss.

titolo³. La difesa del convenuto non sarebbe, peraltro, idonea a trasformare la natura dell'azione in reale, dal momento che la decisione della controversia deve avvenire con esclusivo riferimento alla pretesa dedotta in giudizio, non potendosi porre a carico dell'attore il più gravoso onere probatorio dell'azione di rivendicazione in ragione delle sole allegazioni della controparte⁴. In senso difforme altra posizione, secondo la quale la domanda tesa a far dichiarare illegittima ed abusiva l'occupazione dell'immobile da parte del convenuto e, quindi, a ottenere la condanna di quest'ultimo al rilascio ed al risarcimento del danno, senza che si sia ricollegata la pretesa vantata al venir meno di un negozio giuridico che avesse giustificato la consegna della cosa alla controparte processuale, non dà luogo ad un'azione personale di restituzione, e deve qualificarsi come azione di rivendicazione⁵.

³ Cass., sez. II, 27 febbraio 2001, n. 2908: "Nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda, il giudice del merito, che non è in ciò condizionato dalla formula adottata dalla parte, ha il potere, ma anche il dovere, di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale risulta desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende dedotte e rappresentate dalla parte istante e dalle eventuali precisazioni formulate nel corso del giudizio, nonché di tener conto del provvedimento richiesto in concreto, con il solo limite impostogli dal rispetto del principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta e dalla esigenza di non sostituire d'ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta. Ove tali principi siano violati e venga, quindi, denunciato un "error in procedendo", quale la pronuncia su di una domanda che si afferma diversa da quella effettivamente proposta, il giudice di legittimità ha il potere - dovere di procedere direttamente all'esame e all'interpretazione degli atti processuali e, in particolare, delle istanze e delle deduzioni delle parti. (Nella specie, la S.C., in relazione alla domanda proposta per ottenere la condanna dell'occupante al rilascio di immobile che l'attore assumeva di sua proprietà, qualificata dal giudice di appello - come da quello di primo grado - come azione reale e non obbligatoria e dallo stesso rigettata, in difformità dalla decisione in prime cure, per la mancata prova della sussistenza del diritto di proprietà in capo all'attore, ha ritenuto erronea tale qualificazione e arbitraria la sostituzione dell'azione reale a quella che l'attore aveva inteso promuovere, che risultava, dall'esame della domanda stessa, come dal tenore letterale delle conclusioni, elementi giudicati di assorbente rilievo, essere un'azione personale di rilascio per detenzione "sine titulo")."

⁴ In tal senso: Cass., sez. II, ord. 17 gennaio 2011, n. 884 "La domanda diretta ad ottenere la rimozione della situazione lesiva del diritto di proprietà, non accompagnata dalla contestuale richiesta di declaratoria del diritto reale, esorbita dai limiti della "negatoria servitutis" e può assumere la veste di azione di reintegrazione in forma specifica di natura personale se è intesa al ristabilimento di un'attività esercitata sulla base del diritto di proprietà, in quanto l'azione si fonda sul diritto di credito conseguente alla lesione del diritto reale; in tal caso, la difesa del convenuto che pretenda di essere proprietario del bene in contestazione non è idonea a trasformare l'azione personale in reale, poiché la controversia va decisa con esclusivo riferimento alla pretesa dedotta, né la semplice contestazione da parte del convenuto può porre a carico dell'attore il più gravoso onere della prova dell'azione di rivendicazione (c.d. "probatio diabólica")."

⁵ Cass., sez. II, 14 gennaio 2013, n. 705: "La domanda con cui l'attore chieda di dichiarare abusiva ed illegittima l'occupazio-

Pur condividendo la tesi circa la natura personale dell'azione di rilascio quando essa sia fondata su un'obbligazione restitutoria derivante dal venir meno del titolo legittimante la detenzione del convenuto e, soprattutto, circa l'inidoneità delle difese svolte da quest'ultimo a determinare la trasformazione da personale in reale dell'azione proposta dall'attore, la Corte sottolinea che occorre chiarire meglio come "la mera deduzione dell'istante di essere proprietario di un bene detenuto sine titulo dal convenuto ovvero l'allegazione di tale detenzione siano circostanze idonee a qualificare come personale un'azione, che evidentemente si fonda esclusivamente sul diritto di proprietà dell'attore non essendo dedotto - per definizione - alcun rapporto in base al quale sia stata trasferita la detenzione del bene al convenuto, il quale dunque non ha alcuna obbligazione nei confronti dell'attore". Mancando detto rapporto, pertanto, unico fatto costitutivo dell'azione dell'attore è il diritto di proprietà, che andrebbe provato *ex art. 2697 c.c.*, costituendo detto accertamento "l'antecedente logico-giuridico necessario per poter poi decidere la conseguenziale domanda di rilascio del bene detenuto dal convenuto, essendo perciò irrilevante che l'attore non abbia formulato una espressa domanda di accertamento della proprietà".

3. L'azione di rivendicazione e l'azione di restituzione del bene immobile

In tal modo delineato l'oggetto della questione interpretativa sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite, appare opportuno chiarire le ragioni per le quali appare di estremo rilievo la qualificazione dell'azione esercitata in giudizio come di rivendicazione ovvero come di restituzione.

Con il primo dei due strumenti citati, previsto dall'art. 948 c.c., il proprietario di un bene che sia privo del relativo possesso potrà ottenerne la restituzione, previa dimostrazione della titolarità del diritto vantato. La finalità dell'azione (come si vedrà, comune all'azione personale di restituzione) è dunque recuperatoria: una volta che l'attore abbia assolto l'onere probatorio che su di lui grava (e in ciò si colloca la particolare gravosità dell'azione in discorso, come si vedrà in seguito), la domanda dovrà trovare accoglimento, salva

ne di un immobile di sua proprietà da parte del convenuto, con conseguente condanna dello stesso al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni da essa derivanti, senza ricollegare la propria pretesa al venir meno di un negozio giuridico, che avesse giustificato la consegna della cosa e la relazione di fatto sussistente tra questa ed il medesimo convenuto, non dà luogo ad un'azione personale di restituzione, e deve qualificarsi come azione di rivendicazione; né può ritenersi che detta domanda sia qualificabile come di restituzione, in quanto tendente al risarcimento in forma specifica della situazione possessoria esistente in capo all'attore prima del verificarsi dell'abusiva occupazione, non potendo il rimedio ripristinatorio *ex art. 2058 c.c.* surrogare, al di fuori dei limiti in cui il possesso è tutelato dal nostro ordinamento, un'azione di spoglio ormai impraticabile".

la prova da parte del convenuto che esiste un titolo in forza del quale egli è legittimato a ritenere il bene. L'azione di rivendicazione, in quanto azione reale, può essere esperita nei confronti di chiunque possieda o detenga il bene e non è soggetta ad alcun termine di prescrizione.

Come anticipato, anche le azioni restitutorie di natura personale mirano a ottenere la restituzione del bene: tuttavia, a fondamento della domanda non viene invocato il titolo di proprietà, ma si allega che sono esaurite le ragioni (per il venir meno del titolo: nullità, scadenza, etc.) per le quali al convenuto era stato consegnato il bene. L'azione personale di restituzione presuppone dunque l'avvenuta consegna del bene in base ad un titolo e la successiva caducazione di quest'ultimo per qualsiasi causa: può quindi esser esperita nei confronti del solo obbligato, è soggetta a prescrizione, e impone a chi la esperisce la sola prova dell'esistenza del titolo e dell'avvenuta consegna⁶.

Pur sulla sola scorta dei pochi elementi evidenziati, appare chiaro che nell'uno e nell'altro caso ben diverso è il regime dell'onere della prova al cui assolvimento sarà tenuto l'attore: e difatti, solo allorché venga esercitata l'azione reale di rivendicazione questi sarà tenuto a fornire la cd. *probatio diabolica*. Con tale espressione si intende far riferimento al fatto che, per dimostrare di essere proprietari, non è sufficiente produrre in giudizio il solo titolo di proprietà che ha fondato l'ultimo acquisto intervenuto nel tempo, ma è necessario dimostrare altresì che il soggetto dal quale l'acquisto promana era in grado di effettuare un valido trasferimento, oltretutto che il dante causa dell'attore era a sua volta legittimo proprietario del bene e così via, in una catena di prove che dovrebbe giungere al primo ed incontestabile proprietario da cui è sorto a titolo originario il diritto di proprietà in contestazione nel processo. Rimane salva, per eludere la gravosità della prova, la possibilità per l'attore di far valere un proprio acquisto a titolo originario della proprietà in forza di usucapione⁷.

È pur vero, si osserva per completezza di trattazione, che la giurisprudenza ha progressivamente individuato una serie di ipotesi in cui l'onere della prova gravante sull'attore appare, per così dire, attenuato, e

cioè dei casi in cui, al ricorrere di determinati presupposti, la prova della proprietà potrà essere fornita in maniera più agevole.

È questo il caso della controversia sulla proprietà insorta tra soggetti originariamente contitolari di un bene in comunione, i quali hanno proceduto in seguito al relativo scioglimento: in tal caso ciascuno di essi potrà avvalersi in giudizio dell'atto di divisione, che normalmente ha carattere meramente dichiarativo, ma nei rapporti tra gli *ex-comunisti* costituisce prova della proprietà, in quanto postula il riconoscimento dell'appartenenza dei beni in comunione⁸.

Il rigore dell'onere della prova che l'attore dovrà fornire in giudizio può, inoltre, risultare attenuato in forza delle difese svolte dal convenuto: è questo il caso di chi, convenuto in giudizio da un attore che agisca in rivendicazione, sostenga in via riconvenzionale di aver acquistato la proprietà del bene oggetto di lite per usucapione. E difatti, a ben vedere, in tale ipotesi il convenuto non contesta l'originaria appartenenza del bene all'attore, ma afferma che il relativo titolo di proprietà è venuto meno in forza del proprio acquisto per usucapione: ne consegue che per l'attore sarà sufficiente dimostrare il proprio valido acquisto, l'appartenenza del bene ai suoi danti causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assuma di aver iniziato a possedere, nonché che quell'appartenenza non è stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto⁹.

Ed ancora, sempre sulla scorta delle difese del convenuto, l'onere probatorio che grava sull'attore può risultare attenuato allorché il convenuto non contesti l'originaria appartenenza del bene a un comune dante causa¹⁰: sarà allora sufficiente per chi agisce in rivendicazione

⁸ Cass., sez. II, 18 dicembre 2006, n. 27034: "L'atto di divisione, che, per il suo carattere meramente dichiarativo, è idoneo a fornire la prova della proprietà del bene nei confronti dei terzi, assume viceversa rilevanza probatoria nella controversia sulla proprietà tra i condividenti o i loro aventi causa, giacché la divisione postula necessariamente il riconoscimento dell'appartenenza dei beni in comunione".

⁹ Cass., sez. II, 10 marzo 2006 n. 5161: "Qualora il convenuto sostenga, in via riconvenzionale, di aver acquistato per usucapione la proprietà del bene rivendicato, si attenua l'onere probatorio posto a carico dell'attore in rivendicazione, poiché esso si riduce alla prova di un valido titolo di acquisto da parte sua e dell'appartenenza del bene ai suoi danti causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assuma di aver iniziato a possedere, nonché alla prova che quell'appartenenza non è stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di appello secondo cui la proposizione della domanda riconvenzionale di usucapione non aveva implicato, di per sé, contestazione della titolarità del bene in capo al dante causa dell'attore in rivendicazione, poiché l'acquisto a titolo originario che si assumeva operato a favore dei convenuti agenti in riconvenzionale era stato successivo all'acquisto, per analogo titolo, formatosi in capo all'attore che aveva intrapreso l'azione di rivendicazione).

¹⁰ In senso fortemente critico rispetto a tale orientamento: CARPINO, *Rivendicazione* (azione di), *Enc. giur. Treccani*, 3.

⁶ In termini, di recente, Cass., sez. II, 5 febbraio 2013, n. 2726 "Il comodante può avvalersi, per conseguire il rilascio del bene dato in comodato, sia dell'azione di rivendica, che dell'azione contrattuale, ma, non essendo facoltà del giudice mutare "ex officio" il titolo della pretesa, la controversia va decisa con esclusivo riferimento al titolo dedotto dall'interessato; in caso di azione contrattuale, l'attore ha l'onere di provare non la proprietà del bene, ma l'esistenza del contratto di comodato, anche se il convenuto abbia sollevato un'eccezione di usucapione in proprio favore, tale pretesa non essendo idonea a trasformare in reale l'azione personale esercitata".

⁷ Su *probatio diabolica* e possibilità per l'attore di invocare accessione e successione nel possesso, si veda pure: BIGLIAZZI GERI, *Diritto Civile*, II, Milano, 2007, p. 153.

dicazione provare l'esistenza di un valido titolo di acquisto da parte sua e dell'appartenenza del bene medesimo al suo dante causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assume di avere iniziato a possedere, e che quell'appartenenza non è stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto¹¹.

Si noti ancora che la giurisprudenza esplicitamente differenzia la prova da fornire da parte del proprietario che agisca in rivendicazione dalla prova che deve fornire il proprietario il quale invece agisca per ottenere il riconoscimento in favore del proprio fondo di un diritto di servitù: e difatti, nel caso in cui venga proposta l'*actio confessoria servitutis*, pur dovendo l'attore dimostrare la titolarità del diritto di proprietà sul fondo dominante, in quanto ciò costituisce fondamento della relativa legittimazione ad agire, il relativo onere probatorio risulterà comunque meno rigoroso di quello richiesto nel caso in cui si agisca in rivendicazione, poiché non viene chiesta l'affermazione del diritto di proprietà sul fondo, ma si mira ad ottenere l'affermazione dell'esistenza del vincolo di servitù, del quale la titolarità del fondo dominante costituisce solo un presupposto e che, dunque, può anche essere provata mediante il ricorso a presunzioni¹².

¹¹ Cass., sez. II, 17 aprile 2009 n. 9303: "In tema di azione di rivendicazione, sempre nel caso in cui il convenuto non contesti l'originaria appartenenza del bene conteso ad un comune dante causa, l'onere probatorio a carico dell'attore si riduce alla prova di un valido titolo di acquisto da parte sua e dell'appartenenza del bene medesimo al suo dante causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assume di avere iniziato a possedere, ed alla prova che quell'appartenenza non è stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto"; ed ancora: Cass., sez. II, 5 novembre 2010, n. 22598 "Il rigore del principio secondo il quale l'attore in rivendica deve provare la sussistenza dell'asserito diritto di proprietà sul bene anche attraverso i propri danti causa fino a risalire ad un acquisto a titolo originario, ovvero dimostrando il compimento dell'usucapione, risulta attenuato in caso di mancata contestazione da parte del convenuto dell'originaria appartenenza del bene ad un comune dante causa, ben potendo in tale ipotesi il rivendicante assolvere l'onere probatorio su di lui incombente limitandosi a dimostrare di avere acquistato tale bene in base ad un valido titolo di acquisto".

¹² Cass., 18 novembre 2013, n. 25809: "Colui che agisce in *confessoria servitutis* ha l'onere di provare qualora questa venga contestata, la propria legittimazione ad agire, in quanto titolare di un diritto di proprietà sul fondo dominante, sebbene la prova della proprietà non sia altrettanto rigorosa di quella richiesta per la rivendicazione, posto che, mentre con quest'ultima azione si mira alla dichiarazione del diritto di proprietà sul fondo, nel caso dell'azione confessoria si domanda soltanto l'affermazione del vincolo di servitù con le eventuali altre conseguenti dichiarazioni di diritto, onde la proprietà del fondo dominante costituisce unicamente il presupposto dell'azione ed è sufficiente che emerga anche attraverso delle presunzioni"; ed ancora: Cass., sez. II, 28 maggio 2013, n. 13212: "Nell'azione di accertamento dell'acquisto per usucapione di una servitù prediale, la proprietà del fondo dominante, la quale costituisce un requisito di legittimazione e non l'oggetto della controversia, può essere provata anche mediante presunzioni, quali, nella specie, l'intestazione catastale del bene conseguente alla trascrizione di un atto di divisione, o la circostanza che l'azione negatoria proposta dal titolare del fondo

In maniera analoga, la prova della proprietà potrà essere fornita in maniera meno rigorosa nel caso specularmente opposto, ossia quello dell'esercizio di azione negatoria da parte di chi voglia ottenere l'accertamento dell'inesistenza dei diritti vantati da terzi sul bene oggetto di proprietà: anche nel caso di *actio negatoria servitutis*, infatti, la proprietà del bene si pone come requisito di legittimazione attiva e pertanto, se essa è contestata, la parte che agisce non ha l'onere di fornire, come nell'azione di rivendica, la prova rigorosa della proprietà, ma deve dare la dimostrazione, con ogni mezzo ed anche in via presuntiva, dell'esistenza di un titolo valido di proprietà del bene¹³.

Operati questi brevi cenni all'onere della prova nelle azioni a tutela della proprietà¹⁴, è possibile passare alla considerazione dei principi affermati dalla Corte nella decisione in commento.

4. I principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 7305 del 28.03.2014

Come è stato in precedenza osservato, con l'ordinanza del 2 luglio 2013 la II Sezione Civile della Corte trasmetteva gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, affinché venisse data risposta al seguente quesito: se debba qualificarsi come personale e non reale l'azione di rilascio di un immobile detenuto senza titolo, del quale si assuma di essere proprietario senza chiedere anche l'accertamento del proprio diritto (come, appunto, nel caso concreto in esame), ovvero se l'azione sia personale solo in caso di invalidità o inefficacia del titolo in forza del quale al convenuto sia stata trasferita la detenzione.

Le Sezioni Unite, tuttavia, identificano, a partire dalle riflessioni svolte dalla II Sezione della Corte, due distinte questioni da esaminare:

- 1) se le difese di carattere petitorio opposte dal convenuto a un'azione di rilascio o consegna comportino la trasformazione in reale della domanda che sia stata proposta e mantenuta ferma dall'attore come personale;

che si assume servente fosse stata rivolta proprio nei confronti dell'attore per usucapione".

¹³ Cass., sez. II, 23 gennaio 2007, n. 1409: "In tema di azione negatoria, la titolarità del bene si pone come requisito di legittimazione attiva e, se essa è contestata, la parte che agisce non ha l'onere di fornire, come nell'azione di rivendica, la prova rigorosa della proprietà, ma deve dare la dimostrazione, con ogni mezzo ed anche in via presuntiva, dell'esistenza di un titolo valido di proprietà del bene. (Nella specie, relativa ad azione volta a far dichiarare l'inefficacia di due atti di donazione di beni immobili che il donante aveva dichiarato di aver usucapito e che secondo parte attrice erano ad altro titolo in comproprietà tra essa stessa e parte convenuta, la S.C., nel qualificare come negatoria – e non in rivendica – l'azione proposta, ha cassato la sentenza di merito che non aveva proceduto all'accertamento della esistenza del vantato diritto di comproprietà)".

¹⁴ Si veda pure, sulla distinzione tra azione di rivendicazione e azione di petizione ereditaria anche in punto di onere della prova: GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2013, p. 464.

2) se sia inquadrabile nell'una o nell'altra specie l'azione esercitata nei confronti di chi non accampa alcun titolo a giustificazione della disponibilità materiale del bene oggetto della controversia.

Quanto al primo quesito la Corte osserva che in alcune pronunce della Cassazione si era registrata la tendenza a ricollegare alle difese svolte dal convenuto l'effetto di "immutare" l'azione di natura personale proposta dall'attore in azione di natura reale, con le correlative conseguenze in punto di onere della prova: la domanda attorea, cioè, a fronte di domande o eccezioni di natura reale opposte dalla controparte, non avrebbe potuto trovare accoglimento ove non fosse stata fornita la cd. *probatio diabolica* della quale si è detto nel precedente paragrafo.

Tra le più recenti pronunce in tal senso si segnala la decisione n. 11774 del 2006, nella quale esplicitamente si afferma che la contestazione della titolarità della proprietà del bene oggetto della domanda in capo all'attore ad iniziativa del convenuto, determina la trasformazione dell'azione personale in azione reale di rivendicazione: ciò in quanto il giudice deve decidere sulla sussistenza del diritto di proprietà vantato da una parte e negato dall'altra. Ne conseguirebbe, secondo tale impostazione, la necessità per l'attore di dimostrare la proprietà del bene che assume a lui appartenente fornendo la prova dell'acquisto a titolo originario della "res" oggetto della controversia, mentre sul convenuto non potrebbe ritenersi gravante alcun onere di allegazione o dimostrazione della legittimità del possesso esercitato¹⁵.

A tale indirizzo si era andato contrapponendo un altro, che, con sentenze rese anche in epoca più recente, aveva negato che dalle difese del convenuto potessero trarsi conseguenze di tal fatta: da ultimo, si segnala in tal senso l'ordinanza n. 884 del 2011, nella quale si afferma che la controversia va decisa con esclusivo riguardo alla pretesa dedotta; e difatti, una conclusione di segno opposto condurrebbe alla inammissibile conseguenza di ritenere la semplice contestazione del convenuto strumento processuale idoneo a determinare l'immutazione, oltre che dell'azione, anche dell'onere della prova incombente sull'attore, imponendogli, con stravolgimento della difesa predisposta in relazio-

ne alla diversa azione proposta, la cd. *probatio diabolica* della revindica¹⁶.

Nella decisione in commento le Sezioni Unite prendono posizione, in maniera condivisibile, aderendo alla seconda delle impostazioni riportate: in tal senso militano, si afferma "i basilari principi di disponibilità e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, che riservano alle parti la formulazione delle loro richieste, la deduzione delle relative ragioni, l'allegazione dei fatti su cui esse si fondano, mentre vietano al giudice di pronunciare al di fuori o oltre i limiti delle domande come effettivamente proposte".

Il convenuto dunque, prosegue la Corte, ben potrà proporre delle difese di carattere petitorio (allegando, ad esempio di essere egli stesso titolare del diritto di proprietà sul bene oggetto di controversia), ma da ciò non discenderà alcuna *mutatio o emendatio libelli*, che peraltro, una volta decorsi i limiti temporali posti dall'art. 183 c.p.c., non sarebbero consentite neppure all'attore.

Ne discende che la domanda attorea verrà respinta non perché l'attore, il quale ha esercitato un'azione di natura personale, non ha fornito la cd. *probatio diabolica*, ma perché tale prova è stata fornita dal convenuto, il quale aveva proposto in via riconvenzionale domanda di natura reale.

In conclusione, laddove il giudizio sia stato introdotto con la proposizione di una domanda di natura personale, non potranno essere le sole difese svolte dal convenuto a determinare la "dislocazione" della pretesa dal piano dei diritti relativi a quello dei diritti assoluti.

Questa dunque è la risposta che le Sezioni Unite forniscono al primo degli interrogativi enucleabili dall'ordinanza di rimessione.

Rimane da esaminare la soluzione che la Corte offre alla seconda delle questioni in precedenza indicate, e cioè: fermo restando che la natura dell'azione proposta dall'attore non può essere determinata sulla scorta delle difese svolte dal convenuto, come deve essere qualificata la pretesa di chi, domandando la restituzione di un bene immobile, non indichi alcun titolo, successivamente venuto meno, a fondamento della iniziale disponibilità del bene da parte del convenuto?

¹⁵ Cass., sez. II, 19 maggio 2006, n. 11774: "Nel caso di azione diretta ad ottenere il rilascio di un immobile occupato senza titolo o a titolo precario, la contestazione del diritto di proprietà dell'attore, anche se effettuata dal convenuto con la deduzione di un suo contrastante diritto dominicale unicamente per far respingere la domanda, trasforma l'azione personale in azione reale, dal momento che il giudice deve decidere sulla sussistenza del diritto di proprietà vantato da una parte e negato dall'altra. Ne consegue la necessità per l'attore di dimostrare la proprietà del bene fornendo la prova del suo acquisto a titolo originario, non potendo ritenersi sufficiente la mera produzione di documentazione amministrativa e nel contempo dovendosi escludere qualsiasi onere probatorio a carico della parte convenuta di dimostrare la legittimità del possesso esercitato".

¹⁶ Cass., sez. II, 17 gennaio 2011, n. 884 "La domanda diretta ad ottenere la rimozione della situazione lesiva del diritto di proprietà, non accompagnata dalla contestuale richiesta di declaratoria del diritto reale, esorbita dai limiti della "negatoria servitutis" e può assumere la veste di azione di reintegrazione in forma specifica di natura personale se è intesa al ristabilimento di un'attività esercitata sulla base del diritto di proprietà, in quanto l'azione si fonda sul diritto di credito conseguente alla lesione del diritto reale; in tal caso, la difesa del convenuto che pretenda di essere proprietario del bene in contestazione non è idonea a trasformare l'azione personale in reale, poiché la controversia va decisa con esclusivo riferimento alla pretesa dedotta, né la semplice contestazione da parte del convenuto può porre a carico dell'attore il più gravoso onere della prova dell'azione di rivendicazione (c.d. "probatio diabolica")".

Come già accennato in precedenza, infatti, a fronte di tale interrogativo sono due le strade percorse dalla giurisprudenza di legittimità: un primo orientamento afferma che, a fondamento di un'azione restitutoria di natura personale, può essere dedotto o il venir meno di un titolo di natura obbligatoria (per invalidità, risoluzione, recesso e così via) in forza del quale il convenuto aveva conseguito la disponibilità del bene, oppure l'iniziale insussistenza di tal titolo. In tale solco si colloca, tra le altre, la sentenza n. 4416 del 2007, nella quale è esplicita l'affermazione che la prova della proprietà dell'attore non è richiesta non solo nel caso in cui si chieda la restituzione della cosa da parte del convenuto per il venir meno del titolo in base al quale questi la deteneva, ma anche allorché si deduca l'inesistenza *ab origine* di un rapporto obbligatorio a fondamento della detenzione del convenuto, in quanto il risultato cui l'attore mira non è di ottenere il riconoscimento del suo diritto ma solo la riconsegna del bene. Si afferma in proposito che "la domanda diretta ad ottenere la rimozione d'una situazione lesiva del diritto di proprietà, non accompagnata dalla contestuale richiesta d'accertamento e declaratoria del diritto reale, esula dall'ambito delle azioni reali ed assume il connotato dell'azione personale di reintegrazione in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*"¹⁷ (è peraltro da notare che, come osservato dalla II Sezione della Corte nell'ordinanza di rimessione n. 16553, nella sentenza appena citata si parte, comunque, dall'esame di una fattispecie con-

creta in cui l'azione di restituzione derivava dal venir meno del titolo in base al quale era stata dall'attore trasferita al convenuto la disponibilità del bene oggetto della controversia).

Secondo altra impostazione, invece, l'azione deve essere qualificata come di natura reale, con le già indicate conseguenze in punto di onere della prova, allorché l'attore lamenti l'abusiva occupazione dell'immobile da parte del convenuto, poiché in questo caso non si deduce a fondamento della detenzione il venir meno di alcun titolo obbligatorio che abbia in un primo momento giustificato la consegna alla controparte della cosa. In tal senso, da ultimo, vi è la sentenza n. 705 del 2013, nella quale si afferma che l'azione di restituzione presuppone che la detenzione della cosa sia stata trasferita al convenuto dall'attore o dal suo dante causa in forza di un rapporto successivamente venuto meno per invalidità, inefficacia, decorso del termine di durata o esercizio della facoltà di recesso, con il conseguente sorgere obbligo di restituzione¹⁸.

Le Sezioni Unite, con la decisione qui in commento, aderiscono a tale seconda impostazione, affermando che l'azione di restituzione è orientata al solo fine di ottenere dalla controparte l'adempimento dell'obbligazione di restituzione del bene precedentemente consegnato dall'attore in forza di un contratto di natura obbligatoria (locazione, comodato, etc.). Al contrario, laddove la disponibilità del bene da parte del convenuto non promani dall'attore, ma costituisca fatto del tutto indipendente rispetto a un precedente rapporto tra le parti, l'azione esercitata dall'attore deve essere qualificata come di rivendicazione e il relativo accoglimento presupporrà dunque la prova della titolarità in capo a chi agisce del diritto di proprietà sul bene. Infatti, il fondamento della pretesa non deve essere ricercato in un rapporto di tipo obbligatorio con la controparte, ma nel diritto di proprietà quale diritto assoluto che riceve tutela *erga omnes*. A voler diversamente opinare, conclude la Corte, non si rintraccerebbe più alcuno spazio possibile per l'esercizio dell'azione di rivendicazione, in quanto, anche allorché si determini una detenzione *sine titulo* del bene, sarebbe sempre esperibile l'azione personale di restituzione.

Tutto ciò premesso le Sezioni Unite, facendo applicazione di entrambi i principi enunciati al caso concreto che aveva dato origine alla controversia, concludono che la Corte di Appello aveva erroneamente ritenuto che la natura dell'azione esercitata dall'attore potesse essere "trasformata" in forza della difesa del convenuto, il quale aveva dedotto di essere divenuto proprietario del bene per usucapione.

Tuttavia, a prescindere dalle difese del convenuto, la domanda attorea andava qualificata come di rivendicazione: l'attore, infatti, nel chiedere la restituzione

¹⁷ Cass., sez. II, 26.02.2007, n. 4416: "In tema di difesa della proprietà, l'azione di rivendicazione e quella di restituzione, pur tendendo al medesimo risultato pratico del recupero della materiale disponibilità del bene, hanno natura e presupposti diversi: con la prima, di carattere reale, l'attore assume di essere proprietario del bene e, non essendone in possesso, agisce contro chiunque di fatto ne disponga onde conseguirne nuovamente il possesso, previo riconoscimento del suo diritto di proprietà; con la seconda, di natura personale, l'attore non mira ad ottenere il riconoscimento di tale diritto, del quale non deve, pertanto, fornire la prova, ma solo ad ottenere la riconsegna del bene stesso, e, quindi, può limitarsi alla dimostrazione dell'avvenuta consegna in base ad un titolo e del successivo venir meno di questo per qualsiasi causa, o ad allegare l'insussistenza "*ab origine*" di qualsiasi titolo. In tale seconda ipotesi, la difesa del convenuto che pretenda di essere proprietario del bene in contestazione, non è idonea a trasformare in reale l'azione personale proposta nei suoi confronti, atteso che, per un verso, la controversia va decisa con esclusivo riferimento alla pretesa dedotta, per altro, la semplice contestazione del convenuto non costituisce strumento idoneo a determinare l'immutazione, oltre che dell'azione, anche dell'onere della prova incombente sull'attore, imponendogli, una prova ben più onerosa - la "*probatio diabolica*" della rivendica - di quella cui sarebbe tenuto alla stregua dell'azione inizialmente introdotta. (Nella specie, relativa ad azione di rilascio di immobile alla quale parte convenuta aveva contrapposto domanda riconvenzionale per far dichiarare l'intervenuta usucapione, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che per l'accoglimento della domanda aveva ritenuto sufficiente la prova del venir meno del titolo di detenzione, contemporaneamente respingendo la domanda riconvenzionale)". Nello stesso segno, successivamente, Cass., sez. II, 27.01.2009, n. 1929; Cass., sez. II, n. 23 dicembre 2010, n. 26003.

¹⁸ Cass., sez. II, 14 gennaio 2013, n. 705, già citata *sub* paragrafo 3.

del bene, aveva affermato che la detenzione del convenuto era iniziata *sine titulo*, e cioè in mancanza *ab origine* di qualunque titolo di fonte obbligatoria che la sorreggesse. La domanda, di conseguenza, non poteva trovare accoglimento, e ciò perché l'attore aveva ommesso di fornire la necessaria prova della titolarità del diritto di proprietà da egli vantato.

5. Brevi cenni conclusivi

Alla sentenza in commento deve, indubitabilmente, essere riconosciuto un duplice merito: in primo luogo, la pronuncia consente di escludere il rischio che la natura dell'azione proposta dall'attore venga determinata sulla scorta delle difese svolte dal convenuto, il quale ben potrebbe, a diversamente opinare, introdurre artatamente in via riconvenzionale (di domanda o di eccezione) il tema della proprietà del bene oggetto di contesa, al solo scopo di aggravare l'onere probatorio a carico dell'attore.

Dall'altro, con essa viene chiarito il confine tra l'azione reale di rivendica e l'azione personale di restituzione, con definitiva "bocciatura" di quell'orientamento di legittimità – sostenuto pure dall'opinione espressa da autorevole dottrina¹⁹ – che era arrivato ad ammettere che dall'una potesse passarsi all'altra anche nel corso stesso del giudizio (in tal modo ritardando, in maniera del tutto opinabile, il momento processuale nel quale si determina, in maniera definitiva, la domanda proposta dall'attore)²⁰.

¹⁹ Si veda in proposito: BIANCA, *Diritto Civile*, VI, Milano, 1999, p. 418.

²⁰ Cass., Sez. III, 10 dicembre 2004, n. 23086 "L'azione di rivendicazione e quella di restituzione hanno natura distinta. La prima ha carattere reale, si fonda sul diritto di proprietà di un bene, del quale l'attore assume di essere titolare e di non avere la disponibilità, ed è esperibile contro chiunque in fatto possiede o detiene il bene al fine di ottenere l'accertamento del diritto di proprietà sul bene stesso e di riacquisirne il possesso. La seconda ha, invece, natura personale, si fonda sulla deduzione della insussistenza o del sopravvenuto venir meno di un titolo di detenzione del bene da parte di chi attualmente lo detiene per averlo ricevuto dall'attore o dal suo dante causa, ed è rivolta, previo accertamento di quella insussistenza o di quel venir meno, ad ottenere consequenzialmente la consegna del bene. Ne discende che l'attore in restituzione non ha l'onere di fornire la prova del suo diritto di proprietà; ma solo dell'originaria insussistenza o del sopravvenuto venir meno – per invalidità, inefficacia, decorso del termine di durata, esercizio dell'eventuale facoltà di recesso – del titolo giuridico che legittimava il convenuto alla detenzione del bene nei suoi confronti. Le due azioni, peraltro, pur avendo causa petendi e petitum distinti, in quanto dirette al raggiungimento dello stesso risultato pratico della disponibilità materiale del bene riacquisito, possono non solo proporsi in via alternativa o subordinata nel medesimo giudizio, ma anche trasformarsi l'una nell'altra nel corso di esso, nel rispetto delle preclusioni introdotte nel codice di rito dalla legge n. 353 del 1990".

La legittimazione derivativa del commissario giudiziale per l'azione di responsabilità.

Nota a Tribunale di Napoli, sez. spec. imprese, 25 luglio 2013, Rel. U. Macrì

Società – Società di capitali – Società a responsabilità limitata – Responsabilità di amministratori e sindaci verso i creditori sociali – Interpretazione analogica – Sussistenza

Non è configurabile un esercizio delle azioni di responsabilità in surroga della società inerte, giacché i creditori non possono sostituirsi al potere di decisione che spetta esclusivamente ed inderogabilmente ai componenti degli organi sociali; d'altra parte i creditori non subiscono alcun pregiudizio residuando a loro favore pur sempre la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c.

Procedure concorsuali – Concordato preventivo – Società di capitali – Società a responsabilità limitata – Responsabilità di amministratori e sindaci – Liquidatori giudiziali – Commissario giudiziale – Legittimazione all'azione – Fondamento – Danno – Tipologia

I liquidatori giudiziali non hanno legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità né sociale né dei creditori sociali, qualora l'azione non sia stata oggetto di cessione concordataria.

Il commissario giudiziale non può esercitare sia l'azione sociale perché non c'è spossessamento del debitore e sia l'azione dei creditori sociali perché non è un rappresentante della massa dei creditori – principi pacifici nel sistema del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 anche dopo gli interventi di riforma del concordato preventivo.

Gli artt. 236 e 240 l. fall (ed oggi anche l'art. 236-bis l. fall.) attribuiscono al commissario giudiziale il potere di chiedere nel processo penale il risarcimento di un danno patrimoniale derivante dalle condotte illecite quanto meno in rappresentanza dei creditori. La norma, nonostante non sia allineata con il sistema fallimentare-civile, è stata scientemente introdotta per non lasciare alcuna area scoperta di tutela, tanto più in un settore come quello del concordato preventivo in cui il carattere privatistico dell'istituto rischia di danneggiare i creditori meno avvertiti. Il rappresentante dei creditori a tali fini, per espressa disposizione dell'art. 240 l. fall. è il commissario giudiziale.

Il commissario giudiziale è abilitato all'esercizio dell'azione civile sia in sede penale che in sede civile, non apparendo ragionevole che il commissario giudiziale sia

legittimato a rivolgere la domanda risarcitoria al giudice penale, ma non al giudice civile quando si sia in presenza, anche astratta, di un reato.

È dubbio se l'azione civile enucleabile dall'art. 240 l. fall. sia l'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2476 c.c. e/o quella dei creditori sociali della cui permanenza nel sistema fortemente si dubita in dottrina e giurisprudenza – ma sicuramente è l'azione risarcitoria ordinaria da illecito extra-contrattuale di cui all'art. 2043 c.c.

(Omissis)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

1. Le parti del giudizio

Preliminarmente, i Liquidatori ed il Commissario giudiziale hanno chiesto di stralciare la posizione di S.R. nei cui confronti non sono riusciti ad effettuare la notifica, avendo urgenza di una pronuncia nei confronti di tutti gli altri. La domanda va accolta, non essendo fondata l'opposizione dell'avv. prof. F.F., che ritiene importante la presenza in giudizio del R. per la difesa del suo assistito. Di conseguenza la presente ordinanza non è pronunciata nei confronti del R. per il quale il giudizio proseguirà secondo l'indicazione del dispositivo.

2. La legittimazione ad agire dei ricorrenti.

Generalità

Non vi sono dubbi che l'azione di responsabilità contro gli amministratori ed i sindaci della C.N. srl non sia stata oggetto di cessione nell'ambito del più ampio piano concordatario proposto dalla C.N. srl in liquidazione così come omologato con decreto del Tribunale di Napoli in data 24 novembre 2010. Nell'ordinanza, il Tribunale, sintetizzando la proposta formulata in data 3 febbraio 2010 e successivamente integrata in data 28 maggio 2010, ha specificato che ai creditori vengono ceduti: a) *pro soluto* tutti i crediti vantati nonché le rimanenze e le riserve; b) tutti i beni immobili al valore rideterminato a seguito delle consulenze espletate; c) tutti i beni mobili, mobili registrati e impianti, come valutati dai consulenti; d) tutti i crediti scaturenti dalle riserve, al valore indicato nella scheda allegata alla proposta; e) il contratto (con

connesso credito relativo al prezzo) di cessione della partecipazione di C. GDL srl; f) il contratto (con connesso credito) di affitto di ramo d'azienda a M. spa; g) il contratto di affitto di azienda della GDL srl e le somme pagate dall'affittuaria a titolo di canoni eventualmente giacenti presso la partecipata C. GDL srl.

Nei crediti vantati non è possibile ricomprendere il credito risarcitorio nei confronti degli amministratori della società derivante da un'instauranda azione di responsabilità siccome credito non previsto al momento della formulazione della proposta di concordato. Dalla lettura delle proposte di concordato è evidente che nel novero dei "crediti vantati" di cui alla lett. a) non v'è il futuro ed eventuale credito risarcitorio. I crediti vantati sono già noti (ceduti *pro soluto*) e sono analiticamente dettagliati nelle proposte del 3 febbraio e del 28 maggio 2010: si tratta di crediti relativi sempre all'attività di costruzione come dimostra la successiva precisazione che oggetto di cessione sono anche le rimanenze e le riserve.

La difesa dell'ing. G.D.L. ritiene, implicitamente, che l'azione di responsabilità della società contro gli amministratori sia stata oggetto di cessione ai creditori, tant'è che non svolge in questa sede osservazioni sul difetto di legittimazione ad agire dei ricorrenti, mentre la difesa dell'ing. M.D.L. ritiene che il Commissario giudiziale e i Liquidatori giudiziali siano privi della legittimazione ad esercitare sia l'azione sociale che l'azione dei creditori sociali per plurime ragioni:

1) perché nelle società a responsabilità limitata, dopo la riforma dell'art. 2476 c.c. non esiste più l'azione sociale di responsabilità, essendo stata attribuita a ciascun socio la legittimazione ad agire; 2) perché se pure ci fosse l'azione sociale rimarrebbe comunque alla società che non è stata spossessata né del patrimonio né della gestione, ma continua ad operare sotto la sorveglianza del commissario giudiziale, il quale non subentra in *locum et ius* della società in concordato preventivo; 3) perché sarebbe pur sempre necessaria una delibera assembleare di autorizzazione che, nella fattispecie, è mancata; 4) perché l'azione dei creditori sociali rimarrebbe a costoro siccome non v'è alcuna norma, a differenza che nel fallimento, che attribuisca al commissario giudiziale la legittimazione ad agire in luogo ed in rappresentanza della massa dei creditori; 5) perché nella fattispecie sarebbe inibito pure ai liquidatori giudiziali l'esercizio della azione dei creditori sociali, considerato che l'azione non è stata oggetto di cessione; 6) perché non è configurabile un esercizio delle azioni di responsabilità in surroga della società inerte, giacché i creditori non possono sostituirsi al potere di decisione che spetta esclusivamente ed indelegabilmente ai componenti degli organi sociali; d'altra parte i creditori non subiscono alcun pregiudizio residuando a loro favore pur sempre la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità *ex art. 2394 c.c.*; 7) perché se pure si esercitasse l'azione di surroga sarebbe

in ogni caso necessaria la citazione in giudizio della società alla quale ci si surroga.

Agli argomenti spesi dalla difesa dell'ing. M.D.L. si aggiungono alcune interessanti considerazioni svolte dalla difesa del dott. A.T. il quale invoca ad ulteriore sostegno delle sue ragioni: 8) il precedente del Tribunale di Milano 7-19 luglio 2011, www.ilcaso.it, secondo cui "il liquidatore giudiziario è privo della legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società ammessa al concordato preventivo per cessione di beni, quanto meno nei casi in cui la relativa proposizione non sia stata deliberata dall'assemblea, al fine di ricomprenderla nell'attivo concordatario, in tale senso deponendo sia la sua funzione di mero mandatario per la liquidazione dei beni oggetto di cessione (per i limiti della legittimazione processuale del liquidatore nel concordato preventivo cfr. Cass. 14.03.2006 n. 5515) sia la previsione dell'art. 2394-bis c.c. che, nel dettare una disciplina speciale in ordine alla legittimazione degli organi della procedura concorsuale al fine dell'esercizio dell'azione di responsabilità non contiene alcun riferimento al liquidatore giudiziale. Peraltro, anche a voler ritenere che quando la cessione abbia per oggetto genericamente tutte le attività della debitrice, tra queste rientri anche l'eventuale azione di responsabilità non ancora deliberata, è da escludersi, in ogni caso, alla luce del carattere eccezionale delle previsioni di cui all'art. 2349-bis c.c. e dell'art. 147 l. fall. che il liquidatore possa esercitarla senza delibera dell'assemblea"; ed osserva, in generale, che 9) il commissario giudiziale ha funzioni di vigilanza sull'adempimento del concordato e sul compimento di atti da cui possa derivare un pregiudizio per i creditori a norma dell'art. 185 l. fall. ha compiti di informazione (art. 172, 173, 175 l. fall.), di consulenza (art. 180 l. fall.) di impulso tramite ad esempio la richiesta di annullamento del concordato (art. 186 l. fall.) "ma non è portatore degli interessi dei creditori né ha la rappresentanza degli stessi" (né come singoli, né come massa) citando all'uopo Cass. 12 luglio 1991 n. 7790 che sul punto afferma: "indubbiamente la tesi espressa nell'impugnata sentenza secondo cui, nel giudizio di omologazione, portatore degli interessi dei creditori sarebbe il commissario giudiziale in virtù del fatto che egli è tutore degli interessi pubblici emergenti nella procedura (come riconosciuto in alcune sentenze di questa Corte – v. Cass. sent. n. 1379/1977 e 1758/1981) è ben difficilmente sostenibile, non emergendo da alcun dato normativo né da alcuna modalità di interpretazione sistematica della disciplina dell'istituto, che il Commissario Giudiziale nel concordato, ed in particolare nel giudizio di omologazione, abbia la rappresentanza dei creditori come singoli o come massa (per l'esclusione della rappresentanza vedi Cass. sent. n. 3716-53)".

Orbene, ritiene questo Giudice di condividere le argomentazioni svolte dalle parti ai punti 2, 4, 5, 6,

7 e 8 negli esatti termini in cui sono state prospettate, sicché non è necessario ritornarci ai fini motivazionali. Quanto alla legittimazione della società all'esercizio dell'azione di responsabilità nelle società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2476 c.c., questa deriva direttamente dal comma 1, secondo cui gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società, perché, nonostante la mancanza di un'espressa previsione, all'attribuzione del diritto sostanziale non può che conseguire il riconoscimento dello strumento processuale dell'azione, mentre con riguardo alla necessità della delibera assembleare di autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità, v'è più di una perplessità, giacché l'art. 2476 c.c. non precede siffatto requisito nella società a responsabilità limitata a differenza dell'art. 2393 c.c. nella società per azioni e perché, più in generale, si dubita della sua indispensabilità quando la società versa in uno stato patologico (si veda il precedente citato dai ricorrenti del Trib. Roma 20 gennaio 1996, *Soc.*, 1996, p. 913).

Non è, tuttavia, necessario diffondersi su tali argomenti, perché assorbiti dagli altri rilievi che questo Giudice condivide.

3. La legittimazione del commissario giudiziale nell'art. 240 l. fall.

Posto che sicuramente i liquidatori giudiziali non hanno legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità né sociale né dei creditori sociali, perché si tratta di un'azione che non è stata oggetto di cessione concordataria, e che il commissario giudiziale non può esercitare l'azione sociale perché non c'è spossamento del debitore e l'azione dei creditori sociali perché non è un rappresentante della massa dei creditori – principi pacifici nel sistema del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 anche dopo gli interventi di riforma del concordato preventivo – bisogna dare una spiegazione all'art. 240 l. fall. che, in modo del tutto extra-vagante, attribuisce una speciale legittimazione al commissario giudiziale che può (deve) esercitare l'azione civile nel processo penale per i reati previsti nel titolo VII della legge fallimentare.

La Difesa del dott. T. non prende posizione sul tema, mentre la Difesa dell'ing. M.D.L., ritiene privo di pregio l'argomento, perché non è possibile invocare nemmeno in astratto una responsabilità penale dell'ing. M.D.L. e perché la legittimazione alla costituzione di parte civile nel processo penale è irrilevante in sede civile ed è comunque subordinata alla sussistenza dei presupposti che legittimano all'esercizio dell'azione, mancanti nel caso in esame. Per la Difesa dell'ing. M.D.L. la circostanza che la norma penale prenda in considerazione espressamente la legittimazione del commissario giudiziale mentre la norma civile taccia del tutto, costituirebbe ulteriore conferma della scelta

del legislatore di non derogare, in sede civile, alle norme ordinarie in punto di legittimazione. L'argomento prova troppo. È vero che non esiste alcuna disposizione "civile", *rectius* nella legge fallimentare, che consenta al commissario giudiziale di esercitare l'azione civile contro gli amministratori e sindaci, ma è altresì vero che esiste una disposizione "penale" per giunta di procedura (come detto nella stessa legge fallimentare all'apertura del capo) di "raccordo o coordinamento" si potrebbe dire in modo più chiaro, che attribuisce il suddetto potere. L'art. 240 infatti rubricato *Costituzione di parte civile* stabilisce che "1. Il Curatore il commissario giudiziale e il commissario liquidatore possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati preveduti nel presente titolo, anche contro il fallito. 2. I creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta quando manca la costituzione, del curatore, del commissario giudiziale o del commissario liquidatore o quando intendono far valere un titolo di azione propria personale". Ciò significa che la regola è che il curatore, il commissario giudiziale e il commissario liquidatore si costituiscono parte civile per i reati commessi dal fallito e per i reati di cui agli art. 236, 236-bis e 237 l. fall. mentre i creditori possono costituirsi parte civile solo nei reati di bancarotta fraudolenta e solo in caso di inerzia del curatore, del commissario giudiziale o del commissario liquidatore ovvero per far valere un titolo di azione personale che, fin dai primi commenti, è stato individuato nel danno morale. È di tutta evidenza che la costituzione dei creditori è di carattere meramente residuale e chiude il sistema delle tutele.

Per ritrovare una spiegazione al significato dell'art. 240 l. fall. una norma che fuori dal sistema attribuisce al commissario giudiziale una facoltà che non ha alcun apparente fondamento bisogna risalire alla relazione con la quale il guardasigilli Grandi presentò al Re – Imperatore la legge fallimentare del 1942 (*Gazz. Uff.* 6 aprile 1942, n. 81, edizione straordinaria). Grandi, al punto 61, dice "In apposito capo, il IV, sono raccolte le disposizioni di procedura imposte in aggiunta od in deroga di quelle del codice di commercio, dalla specialità della materia disciplinata nella presente legge. Ho mantenuto in vista della gravità ed ampiezza del danno che le forme più gravi di reati fallimentari producono il più largo potere concesso già dalle leggi vigenti al magistrato circa l'emissione del mandato di cattura (art. 239). Ho chiarito che la riabilitazione del fallito, in qualunque momento intervenga, prima o dopo della sentenza di condanna, è causa estintiva del reato, e non semplicemente della pena. Ho regolato in modo definitivo l'istituto della costituzione di parte civile in senso rigorosamente conforme alla funzione del curatore (ed analogamente del commissario liquidatore) come organo che nel fallimento riassume e rappresenta così gli interessi dell'imprenditore come quelli dei creditori. Ho così precluso la possibilità di

una costituzione di parte civile che sarebbe del tutto pleonastica, di qualche creditore in aggiunta a quella del curatore, permettendo la prima solo in via suppletiva, quando manchi la seconda o quando possa essere fondata su un titolo di azione personale del creditore: come nel caso di appropriazione indebita commessa dall'imprenditore o dall'amministratore di una società su titoli dati in deposito per garanzia". Emerge che la preoccupazione di Grandi è quella di semplificare e razionalizzare la tutela in sede penale del curatore e del commissario liquidatore (ma deve intendersi anche del commissario giudiziale) in quanto rappresentati dell'imprenditore e dei creditori. È probabile che Grandi non abbia sufficientemente meditato la posizione del commissario giudiziale (e di ciò sarebbe spia l'imprecisione lessicale dell'uso in parentesi dell'espressione commissario liquidatore e non anche di commissario giudiziale), ma è evidente che pur nella "frettolosa" assimilazione del commissario giudiziale al curatore, ha voluto assicurare anche a questi specifica tutela. Del resto, non poteva essere altrimenti visto che nell'art. 236 l. fall. aveva specificamente previsto i reati da concordato preventivo. "Era naturale che agli organi del concordato preventivo ed agli organi dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa si estendessero quelle fra le norme penali dettate per l'imprenditore, per il curatore o per i creditori che rispondono delle infrazioni delle quali ciascuno nell'orbita della propria attività e delle proprie attribuzioni possa rendersi colpevole. A ciò provvedono gli articoli 236 e 237. Con questi si garantisce la energica difesa dei diritti dei creditori da qualunque causa criminosa di perturbamento" (punto 60 della Relazione).

L'incipit "Era naturale" è anche la storica conseguenza dell'art. 35 della legge 24 maggio 1903, n. 197 pubblicata su Gazz.Uff. 30 maggio 1903, n. 126 che stabiliva che "Le disposizioni degli articoli 864, 866" [il creditore che ha stipulato col fallito o con altra persona vantaggi a proprio favore per il voto nelle deliberazioni del fallimento o sulla domanda di moratoria, o che, in modi diversi da quelli preveduti nell'art. 860, si procurò vantaggi a carico dell'attivo del fallimento, è punito col carcere sino ad un anno e con la multa sino a lire duemila. Il carcere può estendersi a due anni se il creditore è membro della delegazione di sorveglianza] e "867" [Nei casi preveduti nei due articoli precedenti, la sentenza penale di condanna deve ordinare: 1) la reintegrazione ove ne sia il caso presso la massa dei beni o dei valori sottratti e la restituzione a chi di ragione di quanto il creditore avesse indebitamente ricevuto; 2) il risarcimento dei danni nella somma che già fosse accertata, salvo sempre il risarcimento dei danni maggiori da provarsi; 3) la nullità rispetto a tutti ed anche rispetto al fallito, delle convenzioni particolari che fossero state concluse per procurare la creditore i vantaggi accennati nell'articolo precedente. Se le

domande per gli oggetti sopra indicate non sono proposte nel giudizio penale o se fu pronunciata sentenza di non farsi luogo a procedere o di assoluzione per un motivo diverso da quelli indicati nell'art. 6 del codice di procedura penale, le controversie che riguardano le dette domande sono giudicate dal tribunale di commercio] "del codice di commercio per quanto siano applicabili, sono estese rispettivamente al commissario giudiziale e ai creditori nella procedura di concordato preventivo". Quindi già nell'art. 35 della legge del 1903 "era naturale" che il commissario giudiziale facesse valere gli interessi patrimoniali dei creditori nel processo penale.

Sin dai primi commenti alla legge speciale sul concordato preventivo, gli scrittori giuridici hanno sostenuto che il testo della legge non permetteva di dubitare che malgrado l'esistenza di uno stato di fallimento giudizialmente dichiarato, la illecita distrazione delle attività del debitore a danno della comunione dei creditori e la cd vendita del voto nelle dichiarazioni del concordato preventivo (artt. 14, 21, 29 e 30) erano colpite dalle sanzioni degli artt. 866 e 867 e che la frase "per quanto siano applicabili" alludeva alla diversa situazione legale che però non modificava l'identico criterio essenziale del giudizio collettivo (fallimento o concordato preventivo) e cioè la parità di condizioni dei creditori senza diritti legittimi di prelazione. Al concordato preventivo, nonostante lo spiccato carattere privatistico originario, si erano volute estendere le norme penali già previste per il fallimento e quest'impianto è stato mantenuto e rafforzato nel regio decreto del 1942, in cui le norme penali erano funzionali anche allo spirito pubblicistico dell'intera materia fallimentare (cfr. punti 36 e 37 della Relazione sul concordato preventivo "La disciplina del concordato preventivo era finora rimasta fuori dal codice di commercio, affidata a una legge speciale, di data tutt'altro che recente, per non parlare della sua discutibile fattura. Come primo compito si è imposta perciò la sistemazione organica dell'istituto, che è stata raggiunta mediante la distribuzione della materia in sei capi, concernenti, in ordine successivo, l'ammissione alla procedura gli effetti dell'ammissione, i provvedimenti immediati la deliberazione del concordato l'omologazione e infine l'esecuzione, la risoluzione e l'annullamento del medesimo. 37. Nella nuova disciplina il concordato preventivo muta la sua fisionomia rispetto alla legge anteriore. Com'è noto il concetto ispiratore dell'istituto del concordato era quello di offrire al debitore onesto e sfortunato il mezzo per evitare la inesorabile distruzione della sua impresa, per sé stessa vitale con danno alla pubblica economia. È però anche noto che nella pratica questo istituto aveva finito sol deviare – ed era inevitabile – dalla originaria concezione ed era divenuto un mezzo per il debitore di superare onorevolmente il dissesto e ottenere la sua liberazione attraverso la cessione dei suoi beni ai creditori. Di fronte a questa

realtà la legge anziché e resistere e perpetuare una finzione ha ritenuto che miglior partito fosse quello di provvedere a disciplinarla; anche perché la cessione dei beni è sovente l'unico mezzo per conservare l'impresa sia pure attraverso il mutamento del suo titolare”.

3.a. Conclusioni parziali

Sulla base delle considerazioni svolte, si perviene alla conclusione che gli artt. 236 e 240 l. fall. (ed oggi anche l'art. 236-bis l. fall.) attribuiscono senza alcun dubbio al commissario giudiziale il potere di chiedere nel processo penale il risarcimento di un danno patrimoniale derivante dalle condotte illecite sanzionate dagli artt. 236 e 236-bis l. fall. quanto meno in rappresentanza dei creditori. La norma, nonostante non sia allineata con il sistema fallimentare-civilistico, è stata scientemente introdotta per non lasciare alcuna area scoperta di tutela, tanto più in un settore come quello del concordato preventivo in cui il carattere privatistico dell'istituto rischia di danneggiare i creditori meno avvertiti ed è rimasta inalterata nel tempo; anzi, espressamente mantenuta in vigore dall'art. 212 delle norme di coordinamento del codice di procedura penale del 1988 e rinvigorita nel 2012 dalla previsione di nuovi reati di cui all'art. 236-bis.

Se esiste il potere dovere del commissario giudiziale di costituirsi, in luogo dei creditori, parte civile, nel processo penale relativo ai reati da concordato preventivo (che sono in realtà quasi tutti i reati fallimentari in forza dell'ampia previsione dell'art. 236, comma 2, l. fall.), è evidente che sempre in luogo ed in rappresentanza degli interessi dei creditori, potrà far valere quello stesso danno patrimoniale in sede civile. Si tratta del danno cagionato dai comportamenti, anche omissivi, di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori astrattamente sussumibili sotto la previsione dell'art. 236 l. fall.

Ad avviso di questo Giudice, è dubbio se l'azione civile enucleabile dall'art. 240 l. fall. sia l'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2476 c.c. e/o quella dei creditori sociali della cui permanenza nel sistema fortemente si dubita in dottrina e giurisprudenza – ma sicuramente è l'azione risarcitoria ordinaria da illecito extra-contrattuale di cui all'art. 2043 c.c.

Quest'azione per effetto dello speciale sistema dell'art. 240 l. fall. è un'azione cui è legittimato il commissario giudiziale in rappresentanza di tutti i creditori nonostante sia un'azione che la giurisprudenza della Cassazione annoveri non tra le azioni di massa bensì tra le azioni spettanti ai singoli creditori (si veda Cass. n. 13465/2010). Ne deriva che rispetto al processo penale legittimato alla costituzione di parte civile è sicuramente il commissario giudiziale e meno sicuramente i singoli creditori. Infatti, costoro possono costituirsi parte civile in sostituzione del commissario giudiziale (o forse in aggiunta a questo) quando intendono far valere un'azione personale.

La generalità degli scrittori giuridici in materia penale intende che l'azione personale sia quella mirante a tutelare un danno morale, mentre quando si controverte di danno patrimoniale, la legittimazione spetta al commissario. Né si può sostenere, per cercare di far quadrare tutto il sistema che l'azione personale del creditore è anche quella per il danno patrimoniale dell'art. 2043 c.c., perché altrimenti si svuoterebbe di significato l'art. 240 l. fall. che ha dovuto attribuire *expressis et claris verbis* la legittimazione alla costituzione di parte civile in via principale al commissario giudiziale ed in via secondaria o sussidiaria ai singoli creditori.

Peraltro, non può non rilevarsi in questo contesto che l'utilizzazione delle categorie azioni di massa – azioni individuali è discutibile, perché si è al di fuori del fallimento. Ciò che intendono assicurare gli artt. 236 e ss. l. fall. è la tutela penalistica nel concordato preventivo. Il rappresentante dei creditori a tali fini, per espressa disposizione dell'art. 240 l. fall. è il commissario giudiziale.

Il commissario giudiziale è abilitato all'esercizio dell'azione civile sia in sede penale che in sede civile e sarebbe del tutto insensato, pur riconoscendo la specialità e straordinarietà dell'art. 240 l. fall., negarlo. Infatti, non appare ragionevole che il commissario giudiziale sia legittimato a rivolgere la domanda risarcitoria al giudice penale, ma non al giudice civile quando si sia in presenza anche astratta di un reato.

3.b. Conclusioni definitive

Il Commissario giudiziale è legittimato ad agire per la presente richiesta di sequestro conservativo in cui intende cautelare il credito risarcitorio da illecito extracontrattuale, derivante e/o collegato ad uno o più reati astrattamente configurabili. Il risultato della sua azione, nonostante non previsto né prevedibile al momento della proposta di concordato ed alla sua omologazione, è da mettersi anche con la cooperazione dei liquidatori per la fase esecutiva, a disposizione dei creditori nel rispetto delle proporzioni spettanti all'esito dell'esecuzione del concordato.

A ben riflettere, il legislatore fallimentare evidentemente temendo che i rimedi interni al concordato (revoa, annullamento risoluzione) non fossero praticabili o non fossero opportuni e con occhio sicuramente lungimirante ha dotato i creditori – che nello spirito originario dovevano godere di parità di trattamento (oggi diremmo di parità di condizioni soprattutto informative) – di un organo indipendente avvertito con una posizione di conoscenza privilegiata. E si può pure sostenere che al momento della formulazione della norma non siano state colte e previste tutte le possibili ricadute di sistema, ciò nondimeno, l'art. 240 l. fall. è stato voluto esattamente nei termini in cui è riportato, in ossequio all'idea che circolava fino a quel momento, secondo cui il commissario giudiziale in quanto rap-

presentante degli interessi dei creditori, aveva diritto a costituirsi parte civile nei reati commessi in occasione e a causa del concordato preventivo, a tutela di tutti i creditori; ed anzi, mentre la legittimazione del commissario è ordinaria, quella dei creditori è eccezionale, così che rispetto al concordato è stata ribaltata la logica civilistica.

Si è già detto che quest'idea, già circolante nei primi commenti alla legge del 1903 che aveva costruito un concordato preventivo di ispirazione privatistica, era del tutto in linea con i forti accenti pubblicistici che invece l'ideologia fascista intendeva conferire all'istituto (si veda l'*incipit* del par. 36 sopra riportato). Non può tacersi che il legislatore della riforma, che ha lavorato sul testo fallimentare dal 2006, si è molto occupato del concordato preventivo sia sotto il profilo civilistico che penalistico, ma non ha toccato l'art. 240 l. fall.

4. La responsabilità degli amministratori e del sindaco

Come si è detto all'inizio non si può provvedere sulla posizione di S.R., perché non è stato instaurato il contraddittorio.

Quanto agli altri due amministratori ed al sindaco, questo Giudice ravvisa nelle condotte denunciate dai ricorrenti il *fumus* dell'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c., ritenuta anche la configurazione astratta di fatti quanto meno di bancarotta fraudolenta, solo rispetto all'ing. G.D.L., e non rispetto all'ing. M.D.L. ed al dott. A.T.

Invero, gli illeciti di rilievo contestati dal Commissario giudiziale, si sono consumati nel periodo successivo all'uscita dalla società dell'ing. M.D.L. e del dott. A.T., in data 24 giugno 2008. I ricorrenti sostengono che le cause del dissesto arretrino a periodi antecedenti al 2008, ma come si vedrà, gli elementi a disposizione non consentono un giudizio del tutto tranquillizzante sull'assunto.

A) Vicenda ICIA s.r.l. La complicata operazione di cd. *spin off* immobiliare che ha coinvolto numerosi soggetti e si è articolata su vari anni, con tutti i limiti e la prudenza che la presente cognizione sommaria impone, non può essere considerata di per sé illecita o illegittima, perché volta alla realizzazione di liquidità necessaria al funzionamento dell'impresa, ma lo è diventata nel momento in cui nel 2009 – con un'operazione irrazionale dal punto di vista economico siccome il debito nei confronti della società di leasing era diminuito come dichiarato da uno degli amministratori di ICIA, dott. N.D.L., in una mail del 13 luglio 2009 ma chiara nella finalità di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori – sono stati risolti i contratti di leasing e sono stati alienati tutti gli immobili ad altra società, HTC s.r.l. posseduta al 99% dalla Cordusio società fiduciaria per azioni e all'1% da tale C.A. Artefice dell'operazione è stato l'ing. G.D.L. Il danno ar-

recato alla società è difficilmente calcolabile, allo stato, ma può prudenzialmente ed a vantaggio del resistente contenersi nel prezzo di vendita dei beni alla società di leasing per € 6.680.000,00.

B) Vicenda SACE. Gli elementi di giudizio a disposizione sono insufficienti a ritenere viziata da dolo o colpa la conduzione del contenzioso. La De Lieto ha visto riconosciuto il suo diritto in primo grado e dichiarata la prescrizione in secondo e terzo grado sulla base di un articolato ragionamento. Non è possibile dire in questo momento se vi sia stata negligenza negli amministratori o dei loro legali nella gestione della causa, e se sia stata corretta l'appostazione in bilancio del credito SACE, in termini di ragionevolezza e di prudenza.

C) Irregolarità dei bilanci e strutturale sottocapitalizzazione della società. Perdita del capitale sociale. I ricorrenti svolgono una serie di importanti riflessioni sui criteri di appostazione dei crediti e delle riserve in bilancio. I resistenti, a loro volta, forniscono delle valide giustificazioni al loro operato, in merito alla contabilizzazione di una serie di voci. Gli importi in gioco sono notevoli ed i criteri interpretativi assai opinabili. Pertanto, in mancanza di un ausilio tecnico per una lettura critica dei bilanci, è necessario sospendere il giudizio su questo punto, negando allo stato, il *fumus*.

D) Fusione inversa. L'esito dell'operazione compiuta dall'ing. G.D.L. è stato chiaramente quello di acquistare la quota che l'ing. M.D.L. gli ha venduto con danaro della C. N. s.r.l. (il debito contratto con la banca di € 12.500.000,00 è stato scaricato sulla società). L'operazione è interamente imputabile all'ing. G.D.L.

In definitiva l'ing. G.D.L. ha posto in essere comportamenti illeciti anche di rilevanza penale – il meno che emerge, come detto, è la bancarotta fraudolenta – tali da arrecare alla società un danno patrimoniale da quantificarsi prudenzialmente in € 20.000.000,00 (€ 12.500.000,00 + € 6.680.000,00+ spese ed interessi).

Sussiste altresì il *periculum* dell'invocata cautela sotto il profilo soggettivo, per la personalità del resistente che ha dimostrato spregiudicatezza nella conduzione degli affari e di tendere all'elusione delle ordinarie regole di gestione patrimoniale con danni per i creditori quanto meno dal 2008, e, sotto il profilo oggettivo, per l'incapienza patrimoniale avendo subito di recente un pignoramento immobiliare di € 12.000.000,00.

5. Conclusioni

Per tutto quanto sin qui detto, deve disporsi il sequestro conservativo di tutti i beni dell'ing. G.D.L. fino alla concorrenza della somma di € 20.000.000,00 mentre deve rigettarsi la richiesta nei confronti dell'ing. M.D.L. e del dott. A.T. Spese al merito per il primo, compensazione delle spese rispetto agli altri, in ragione delle complessità delle questioni affrontate.

(*Omissis*)

*** Nota a sentenza

sommario

1. L'azione del commissario giudiziale nel quadro delle azioni di responsabilità nelle s.r.l. - 2. Le azioni di responsabilità dei creditori sociali nella procedura di concordato preventivo. - 3. La legittimazione. - 4. (*Segue*). La legittimazione del commissario giudiziale.

1. L'azione del commissario giudiziale nel quadro delle azioni di responsabilità nelle s.r.l.

L'ordinanza in commento, cogliendo le ragioni e i principi ispiratori della norma del 1942, risulta esauritiva e coerente nella originale intuizione con la quale, letteralmente, scopre un rimedio, anche quando quelli interni al concordato preventivo (revoca, annullamento, risoluzione) non fossero [più] praticabili o non fossero [più] opportuni, fino ad oggi mai utilizzato. In più, sarebbe irragionevole negare al commissario giudiziale l'esercizio dell'azione civile, ricorrendone i presupposti speciali e straordinari offerti dall'art. 240 l. fall., anche [e proprio] in sede civile.

Infatti, al cospetto della lesione del diritto di credito dovuto a comportamenti delineanti la fattispecie di reato la natura della norma, interpretata in profondità dal giudicante, offre la tutela e gli strumenti necessari al conseguimento del bene, ossia alla realizzazione di tutte le condizioni necessarie perché il soddisfacimento del diritto sia possibile.

Il risultato di tale azione, qualora anche non fosse previsto né prevedibile al momento della proposta di concordato ed alla sua omologazione, è da mettersi, anche con la cooperazione dei liquidatori per la fase esecutiva, a disposizione dei creditori nel rispetto delle proporzioni spettanti all'esito dell'esecuzione del concordato.

In tal modo si consolida l'espansione del principio secondo cui la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. va ammessa anche con riguardo al pregiudizio patrimoniale sofferto dal titolare di diritti di credito, nel cui alveo si adagia la fisionomia della responsabilità verso i creditori sociali delineata dall'art. 2394 c.c.¹, giacché, in tal caso, il danno cagionato dagli amministratori si traduce nella lesione delle aspettative di prestazione dei creditori sociali.

L'articolata pronuncia in esame affronta svariate problematiche nascenti dall'azione intentata dai liquidatori e il commissario giudiziale della società [in liquidazione e] in concordato preventivo i quali ravvi-

sano dei comportamenti illeciti, anche sotto il profilo penale, di due ex amministratori e dell'ex componente del collegio sindacale per cui, ottenuta l'autorizzazione, attivano la richiesta cautelare per un importo milionario quale credito risarcitorio.

I resistenti eccepiscono, in via preliminare, il difetto di legittimazione ad agire nonché una carenza di interesse di entrambi gli organi ricorrenti.

Il Tribunale accoglie i rilievi sul difetto di legittimazione all'azione per quanto concerne i liquidatori ma assicura solo l'iniziativa all'organo di controllo della procedura concorsuale rintracciandola nel combinato disposto ex artt. 236, 236-bis e 240 l. fall. e sostenendo, in riferimento a quest'ultimo articolo, che "... in modo del tutto *extra-vagante*, attribuisce una speciale legittimazione al commissario giudiziale che può (deve) esercitare l'azione civile nel processo penale per i reati" derivanti dal fallimento.

Nel merito, il Tribunale, tenuto conto anche della complessità delle questioni da valutare, dispone il sequestro unicamente in danno di uno solo degli ex amministratori della società e per un importo inferiore a quello richiesto, ravvisando in danno di quest'ultimo la "configurazione astratta di fatti quanto meno di bancarotta fraudolenta".

Senza dilungarsi su argomenti appena sfiorati dal Tribunale e, quindi non oggetto dell'odierna analisi, va qui ricordato, e senza alcuna pretesa di completezza, che l'azione di responsabilità è un'azione risarcitoria, di natura contrattuale o extracontrattuale, a seconda che venga proposta dalla società e dai suoi soci, oppure dal terzo e/o dal creditore².

È noto che, nell'attuale quadro normativo, più di un dubbio è sorto in relazione all'azione dei creditori, che l'art. 2394 c.c. prevede, nelle s.p.a., per l'ipotesi di inosservanza, con dolo o colpa, della specifica obbligazione avente ad oggetto la «conservazione dell'integrità del patrimonio sociale», l'art. 2497 c.c. riconosce, nei gruppi, nei confronti tanto della controllante, quanto degli amministratori della controllata, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio di quest'ultima dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, mentre il citato art. 2476 c.c. ha, invece, dimenticato di prevedere per le s.r.l.

La risposta offerta sia dalla giurisprudenza³ che

² Così e in senso riepilogativo, cfr. I. PAGNI, *Revoca degli amministratori, azioni responsabilità e tutela del credito*, in *Le Società*, 2012, 4, p. 451.

³ In tal senso Trib. Lecce, 9 dicembre 2011, in *Le Società*, 2012, p. 705, con nota di S. RONCO, *Questioni varie in tema di responsabilità di amministratori e sindaci di s.r.l.*, Trib. Milano, 18 gennaio 2011, in *Le Società*, 2011, p. 1145; Trib. Milano, 22 dicembre 2010, in *Le Società*, 2011, p. 757; Trib. Napoli, 11 gennaio 2011, in *Le Società*, 2011, p. 510; Trib. Novara, 12 gennaio 2010, in *Le Società*, 2010, p. 645; Trib. Nola, 18 giugno 2009, in *Il Fallimento*, 2010, p. 121; Trib. Roma, (ord.), 23 febbraio 2009, in *Le Società*, 2010, p. 97; Trib. Milano, 10 ottobre 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 2511; Trib. Mantova, (ord.) 14 settembre 2005, in

* L'autore condivide la innovativa soluzione offerta dall'Estensore che apre, senza dubbio, la possibilità a future azioni risarcitorie da parte degli organi delle procedure concordatarie ricorrendone i presupposti, ravvisati nel fumus della sussistenza di reati fallimentari.

¹ Trib. Milano, 13 maggio 2011, in *Le Società*, 2012, 5, p. 511 con nota di A.M. PERRINO.

dalla dottrina maggioritaria, è stata, sostanzialmente, la sopravvivenza dell'esperibilità di tale tipo di azione, mediante l'applicabilità analogica di tale disposizione alla nuova disciplina della s.r.l.⁴

Le Società, 2006, p. 98; Trib. Udine, (ord.) 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 808; Trib. Napoli, 12 maggio 2004, in *Le Società*, 2005, p. 1013; Trib. Napoli, 16 aprile 2004, in *Le Società*, 2005, p. 1015. Si sono pronunciate nel senso della scomparsa dell'azione ex art. 2394 c.c. nella s.r.l., Trib. Napoli, 6 ottobre 2004, in *Il Fallimento*, p. 194; Trib. Napoli, 11 novembre 2004, in *Le Società*, 2005, p. 1007, con nota di CRISTIANO; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 18 marzo 2005, in *Il Fallimento*, 2006, p. 190, con nota di CONTE; Trib. Milano, 25 gennaio 2006; Trib. Milano, 27 febbraio 2008; App. Napoli, 28 giugno 2008, in *Giur. merito*, 2009, p. 2470, con nota di NATALE.

⁴ Per l'orientamento incline a ritenere che nulla sia mutato all'esito delle riforme, e societaria e fallimentare, cfr. S. AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IX, 2, Il Fallimento, Padova, 2009, p. 735 ss.; cfr. G. DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. Celentano, E. Forgillo, Torino, 2008, p. 877 ss.; cfr. M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 2126 ss.; cfr. M. BIANCA, *La responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 808; cfr. S. SICA, *Responsabilità degli amministratori e fallimento delle società di capitali*, in *Le Società*, 2005, p. 98. In dottrina, ritengono venuta meno a seguito della riforma ogni autonoma azione dei creditori di s.r.l. contro gli amministratori, affermando che solo nel "tipo" s.p.a. sarebbe avvertita l'esigenza di – e sarebbe dunque razionalmente giustificabile – una norma quale quella dell'art. 2394 c.c. FERRI SR., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, Torino, Utet, 2010, p. 432, e ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 1236-1237, secondo i quali, peraltro, l'art. 2394 c.c. prevederebbe un'azione surrogatoria, specificata nelle s.p.a. per "esigenze tecniche" (la "particolare collocazione della società per azioni e dei suoi amministratori sul mercato" e il loro "significato organizzativo") non sussistenti negli altri tipi societari (tale prospettiva trova un'eco in Cass., 3 giugno 2010, n. 13465, in *Corr. giur.*, 2011, p. 213, secondo la quale gli "elementi di specialità" dell'azione ex art. 2394 c.c. "trovano nella disciplina di quel tipo di società la propria giustificazione logica", con la conseguenza che sarebbe "già prima facie poco plausibile l'ipotesi di un'applicazione analogica della normativa in discorso anche al di fuori dell'anzidetta disciplina societaria"); cfr. in prospettiva parzialmente simile la strutturata posizione di LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, Utet, 2007, p. 628 ss., che tuttavia si discosta significativamente dalle posizioni illustrate nella parte in cui ritiene l'art. 2394 c.c. un'ipotesi di responsabilità contrattuale per interferenza da parte di un terzo (gli amministratori) nell'inadempimento dell'obbligazione altrui (la società), la cui esplicitazione si spiegherebbe in virtù della specializzazione delle funzioni propria della s.p.a., solo nella struttura organizzativa di quest'ultima venendo esclusivamente gli amministratori a contatto con l'attività esecutiva delle obbligazioni sociali; argomenta diffusamente le ragioni di politica del diritto sottostanti all'eliminazione dell'azione dei creditori nella s.r.l. – che impedirebbero ogni ricorso all'analogia – ROCCO DI TORREPADULA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento della società a responsabilità limitata*, in *Il Fallimento*, 2006, p. 1464; in un'interessante prospettiva ricostruttiva di più ampio

La conclusione a cui, implicitamente, sembrerebbe giunto il Tribunale nella pronuncia in commento, è per l'ammissibilità dell'azione dei creditori ex art. 2394 c.c., ponendosi nella scia dell'opinione prevalente.

2. Le azioni di responsabilità dei creditori sociali nella procedura di concordato preventivo

La vicenda in esame vede come ricorrenti sia l'organo liquidatorio che quello di controllo della procedura di concordato preventivo i quali, affidandosi ad un precedente giurisprudenziale⁵, richiedevano la

respiro giustifica l'omessa riproduzione dell'azione dei creditori nella s.r.l. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1027 e in part. p. 1099 ss. Per l'assenza nella s.r.l. di un'azione dei creditori omologa dell'art. 2394 c.c., escludendo profili di incostituzionalità altrove paventati, PARRELLA, *Commento all'art. 2476*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, 3, Torino, Giappichelli, 2003, p. 127; PROTO, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali nelle s.r.l.*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 697 ss., e già ID., *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 1140 ss., ove si legge di "eliminazione dell'azione dei creditori come azione di categoria"; Associazione Preite, *Il diritto delle società 2*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 278; MOLLO, *La responsabilità per danni nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 806; STANGHELLINI, *Società a responsabilità limitata e procedure concorsuali*, in A.G.E., 2003, p. 427; ABETE, *L'art. 2476 c.c.: spunti e riflessioni*, in *Le Società*, 2012, 6, p. 644 ss.; *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2006, p. 12 ss.; per la soluzione negativa anche LO CASCIO, *La riforma della società a responsabilità limitata e le procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 243; CIAMPI, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in *Le Società*, 2006, p. 289; si pronunciano nel senso dell'inapplicabilità analogica dell'art. 2394 c.c. ai creditori di s.r.l., pur senza escludere possibili censure di costituzionalità della disciplina riformata, ANGELLILLIS e SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Ghezzi, Bianchi e Notari, Milano, Egea, 2008, p. 778; PASQUARIELLO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto delle società: commento sistematico*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, Cedam, 2005, pp. 1991-94; PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina, Ibba, Racugno e Serra, Milano, Giuffrè, 2004, p. 276 ss.; fortemente critico nei confronti dell'opzione legislativa, senza ritenere tuttavia il dato testuale superabile in via interpretativa, DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 303, il quale reputa i creditori di s.r.l. privi di ogni azione (anche aquiliana) contro gli amministratori nella disciplina riformata, sì da prospettare forti dubbi di illegittimità costituzionale; nonché ID., *L'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 30; particolarmente critico anche AMATUCCI, *Ancora un capitale per la s.r.l.? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e «rarefazione» dei conferimenti*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1471 (e ora anche in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1873), per il quale la scelta del legislatore sarebbe una "epurazione dell'azione dal sistema".

⁵ Trib. Roma, 20 gennaio 1996, in *Le Società*, p. 913, con nota di CARDARELLI, in cui si era statuito che "quando la società versi in uno stato di patologia, anche non irreversibile, ma comunque

misura in funzione della instauranda “azione sociale di responsabilità ... nonché a quella competente alla massa dei creditori sociali”, che però, come rilevato dal Tribunale, non era affatto contemplata dal piano concordatario ovvero non era prevista alcuna cessione delle suddette azioni risarcitorie.

Va ricordato, preliminarmente, che il debitore ammesso al concordato preventivo subisce uno “spossessionamento attenuato” in quanto conserva, come nel fallimento, oltre ovviamente alla proprietà, l’amministrazione e la disponibilità dei propri beni, salve le limitazioni connesse alla natura stessa della procedura, la quale impone che ogni atto sia comunque funzionale all’esecuzione del concordato. In particolare, nel concordato con cessione dei beni la legittimazione a disporre viene attribuita dalla legge (art. 167, r.d. n. 267 del 1942) al commissario liquidatore, che agisce non in nome o per conto dei creditori concordatari, bensì nel rispetto delle direttive impartite dal tribunale al fine di provvedere alla liquidazione del patrimonio e alla distribuzione dell’attivo ai creditori.

Poi, con la Riforma del 2006, l’esaltazione del ruolo dell’autonomia privata, la disponibilità della crisi anche se già divenuta insolvenza da parte del debitore e dei suoi creditori si manifesta, da una parte, con l’ampia flessibilità della proposta dall’altra con la residualità del controllo di convenienza da parte del tribunale, affidato essenzialmente ai creditori in sede di approvazione della proposta medesima⁶.

Punto centrale e qualificante del concordato preventivo disegnato dal legislatore è stato, quindi, l’incontro delle volontà del debitore proponente e dei creditori; e ruolo essenziale è svolto dall’esperto, che deve attestare che quanto proposto dal debitore trae origine da una piena e corretta esplicitazione dei dati aziendali, che costituiscono il nucleo e il presupposto di quella fattibilità del piano che egli attesta. Al tribunale (e, successivamente, al commissario) compete il controllo della completezza ed esaustività di questa relazione, in modo da garantire ai debitori la possibilità di esprimere il loro voto nella consapevolezza di una verificata veridicità e esaustività di quanto loro prospettato.

In sede di omologa, in assenza di opposizioni, il tribunale dovrà esclusivamente verificare la regolarità della procedura e l’intervenuta approvazione della proposta dalla maggioranza dei creditori, essendogli precluso il controllo sul merito e sulla convenienza della

grave, accertata in sede giurisdizionale, contenziosa o volontaria...non può essere esclusa a priori la legittimazione del liquidatore, organo tipico del concordato preventivo per cessione di beni (art. 182, legge fallimentare), seppur, nella specie, nominato *ad hoc*, per l’esperimento di un’azione di natura risarcitoria, e, come tale, volta alla realizzazione di un credito, nell’interesse della massa: che costituisce, in astratto, proprio la funzione istituzionale del liquidatore”.

⁶ Così e per un approfondimento GIOVANNI B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, 01, p. 80.

proposta e sulla sua fattibilità, valutata positivamente dalla assemblea dei creditori. In presenza di opposizioni il tribunale dovrà decidere su di esse e nel solo caso si tratti dell’opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, che contesti la convenienza della proposta, scendere all’esame del merito della medesima⁷.

Ora, per quanto concerne le azioni di responsabilità dei creditori sociali è opinione prevalente che queste “hanno natura diretta e autonoma finalizzate al risarcimento del danno consistente nella lesione dell’integrità del patrimonio sociale, mirano, quindi, ad ottenere un risultato utile individuale, cioè ad incrementare il proprio patrimonio, e non quello della società. Si deve allora escludere che il *pactum de non petendo* insito nel concordato preventivo, che impedisce al creditore di soddisfarsi sul patrimonio del debitore oltre i termini concordatari, possa determinare la perdita dell’interesse ad agire. Un ostacolo all’esercizio di quelle azioni verrebbe, invece, a configurarsi qualora si potesse affermare che l’effetto esdebitatorio della procedura, oltre a prodursi nei confronti della società debitrice, si estende anche ad altri soggetti. A tal proposito l’art. 184 l. fall., che disciplina gli effetti del concordato omologato, invariato a seguito della Riforma, esclude che i soggetti ai quali l’esdebitazione potrebbe estendersi in virtù delle regole generali del diritto civile siano liberati. L’esdebitazione conseguente all’omologazione del concordato si configura, quindi, come una mera inesigibilità, nei confronti del solo debitore concordatario, del credito non integralmente soddisfatto; non può di conseguenza impedire, nel contesto

⁷ In senso riepilogativo, cfr. CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, 1, p. 14, secondo cui “...essendo indiscutibile il diritto del creditore dissenziente di proporre opposizioni relative alla regolarità della procedura e all’esito della votazione, non vedo ostacoli alla possibilità, da parte di ciascun creditore, di proporre opposizione all’omologazione sostenendo che l’approvazione del concordato è stata viziata da conflitti di interesse o da un esercizio del diritto di voto abusivo in quanto contrario a principi di correttezza e buona fede. In presenza di tale opposizione e sulla base delle prove fornite dall’opponente (che potrà avvalersi, a tal fine, anche delle eventuali risultanze della relazione del commissario giudiziale), il tribunale dovrà accertare l’effettiva esistenza del conflitto di interessi o dell’abuso del voto e l’incidenza determinante del voto viziato sul raggiungimento della maggioranza, ma, per accogliere l’opposizione, non potrà limitarsi a questo accertamento. Dovrà anche verificare se la proposta concordataria approvata sia conveniente per i creditori rispetto al fallimento o ad alternative concretamente praticabili perché non può ammettersi una rilevanza delle motivazioni per le quali il voto potrebbe ritenersi viziato se manca il pregiudizio, vale a dire se il concordato risulta conveniente per i creditori...”. In sostanza la verifica della convenienza svolge la stessa funzione che svolge l’accertamento del potenziale pregiudizio per la società ai fini dell’annullamento della delibera *ex art. 2373 c.c.*; il che significa che spetterà al creditore opponente fornire anche elementi di prova del pregiudizio che può derivare alla massa dei creditori dall’esecuzione del concordato.

societario, l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei soggetti coinvolti nella gestione dell'attività di impresa. In base a queste osservazioni, si deve ritenere ammissibile l'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo. Né può obiettarsi che il patrimonio sociale, una volta omologato un concordato che preveda il pagamento di una percentuale dei crediti originari, non è più insufficiente al soddisfacimento dei creditori: infatti, il presupposto dell'insufficienza delle risorse al soddisfacimento dei creditori assume, nel dettato normativo, il ruolo di specificazione del danno, e che in quanto tale deve essere parametrato ai crediti così come originariamente vantati. In sostanza, l'insufficienza delle risorse determina il sorgere della responsabilità nei confronti dei creditori; da quel momento, l'eventuale riduzione concordataria del credito potrà incidere sulla misura del danno risarcibile, ma non sull'esistenza del diritto al risarcimento⁸.

E, ancora, "la liberalizzazione del contenuto del concordato consente di elaborare una proposta sulla base di un piano che può prevedere "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma", quindi anche attraverso il pagamento di una percentuale del credito originario, assistito o meno da garanzie. Una volta omologato un concordato di questo genere, si potrebbe ritenere che la sussistenza del presupposto dell'insufficienza del patrimonio sociale debba essere dimostrata con riguardo non alla misura originaria del credito, ma a quella risultante a seguito della falcidia concordataria. Il che, nella maggior parte dei casi, renderebbe almeno di fatto non esperibile l'azione di responsabilità. Tutto sta nel ruolo che si voglia attribuire al presupposto della insufficienza del patrimonio alla soddisfazione dei crediti. Se lo si interpreta come mera condizione di procedibilità, che in quanto tale deve sussistere al momento della proposizione dell'azione, l'insufficienza del patrimonio dovrà essere dimostrata con riferimento ai crediti così come risultano a seguito della falcidia concordataria. Se, invece, lo si interpreta come specificazione del danno, si deve ritenere che il diritto al risarcimento sorga nel momento in cui la condotta dell'amministratore abbia determinato l'insufficienza del patrimonio al soddisfacimento dei crediti nella loro consistenza originaria, e che rispetto a quest'ultima debba essere dimostrata l'incapienza del patrimonio sociale"⁹.

Qualora, poi, "non si dovesse ritenere soddisfacente la tesi circa la natura contrattuale della responsabilità, si potrebbe più agevolmente ammettere una qualificazione della fattispecie in termini di responsabilità aquiliana, non essendo più necessario conciliare la sopravvivenza del credito originariamente vantato

con la nozione di "lesione del credito". Sul piano della coerenza del dettato normativo, il diritto all'integrità del patrimonio sociale ha poi il pregio di restituire alla lettera delle norme la dimensione collettiva dei soggetti tutelati, posto che la garanzia patrimoniale è un bene sul quale i creditori vantano un interesse comune. Inoltre, se è proprio attraverso la predisposizione del rimedio risarcitorio che l'art. 2394 c.c. attribuisce un particolare diritto ai creditori sociali, risulta evidente che, in assenza di una disposizione specifica, non sarebbe possibile, neanche rinviando all'art. 2043 c.c., riprodurre quel rimedio. In questo modo l'azione dei creditori sociali, strutturandosi come strumento diverso e aggiuntivo rispetto alle altre forme di tutela risarcitoria offerte dall'ordinamento, e in particolare rispetto a quella di cui all'art. 2395 c.c., riacquista una propria dignità. Infine, da un punto di vista applicativo, il diritto al risarcimento spettante ai creditori sociali non risulta più subordinato alla prospettiva di una ripartizione fra tutti i creditori dell'insieme dei beni che costituiscono il patrimonio sociale. Il che rende più chiaro il meccanismo di individuazione del danno risarcibile fuori di procedure concorsuali"¹⁰.

3. La legittimazione

Secondo insegnamento ormai consolidato della Corte regolatrice il curatore fallimentare è legittimato ad esercitare nei confronti degli *ex* amministratori della società in procedura fallita le stesse azioni che, prima del fallimento, spettavano separatamente alla società e ai creditori sociali, seppure in forma necessariamente cumulativa ed inscindibile¹¹.

¹⁰ Così A. ZANINI, *op. cit.*, p. 129.

¹¹ Trasferendo i concetti nella procedura di concordato preventivo CARDARELLI, in nota a Trib. Roma, 20 gennaio 1996, in *Le Società*, 1996, p. 913, sostiene che "entrambe le azioni sono, infatti, dirette a reintegrare il patrimonio della società che è stato danneggiato a seguito di atti di gestione non corretti. Si vuol osservare, da un lato come le due azioni possano essere considerate congiuntamente, avendo entrambe carattere risarcitorio, e, dall'altro, come l'organo naturalmente legittimato al loro esercizio sembri essere quello giudiziario che vuole proprio la reintegra del patrimonio che le azioni stesse sembrano perseguire. La combinazione di questi due elementi, l'eccezionalità della situazione in cui versa la società in concordato preventivo e la sostituzione degli organi societari con quelli giudiziari in nome di un interesse alla conservazione del patrimonio sociale non soltanto interno all'ente, ma anche esterno, potrebbe a ragione portare alla conclusione dell'irrelevanza della volontà sociale ai fini della valutazione dell'opportunità dell'esercizio delle azioni stesse. E ciò, non tanto sulla base della considerazione che "gli organi societari non sono più sovrani nell'ambito delle iniziative processuali", ma perché l'interesse che viene perseguito in quella fase concorsuale supera quello derivante dalla volontà espressa nella maggioranza assembleare. Del resto è comprensibile che quest'ultima esprima posizioni diverse da quelle rappresentate nelle espressioni "minoranza azionaria" o "creditori sociali", posizioni quest'ultime che sono beneficiarie dell'esercizio delle azioni di responsabilità *ex* art. 2393 e 2394, codice civile e che sono considerate meritevoli di tutela proprio attraverso la surrogazione degli organi concorsuali a quelli societari....".

⁸ Tali riflessioni sono tratte da A. ZANINI, *Concordato preventivo e azioni di responsabilità dei creditori*, Università degli Studi di Firenze, a.a. 2011-2012, pp. 130-131, in www.osservatorio-oci.org.

⁹ Così A. ZANINI, *op. cit.*, p. 107.

“Una volta confermata la possibilità di esperire le azioni di responsabilità dei creditori sociali anche nel contesto del concordato preventivo, si deve chiarire se, così come avviene a seguito dell’apertura delle altre procedure concorsuali, la legittimazione all’esercizio di quelle azioni si trasferisce in capo ad un organo della procedura. Una soluzione di questo genere sembrerebbe, ad una prima panoramica, doversi escludere. Ai sensi dell’art. 81 c.p.c., infatti, “fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui.” Si tratta del cd. principio di normale correlazione tra titolarità del diritto dedotto in giudizio e titolarità del diritto di azione, in base al quale eventuali ipotesi di legittimazione straordinaria devono essere previste espressamente dalla legge¹². Se nel fallimento la legittimazione all’esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali si trasferisce in capo al curatore, è perché ciò è previsto sia dalle disposizioni che disciplinano le azioni di responsabilità stesse (artt. 2394-*bis* e art. 2497, ultimo comma, c.c.), sia da quelle che regolano i poteri del curatore del fallimento (art. 146 l. fall.). Lo stesso varrebbe per la procedura di amministrazione straordinaria e per quella di liquidazione coatta amministrativa. Fra le disposizioni che disciplinano il concordato preventivo non vi è, al contrario, alcun riferimento alle azioni di responsabilità dei creditori sociali, e, quindi, non ci sarebbe alcuna previsione espressa in merito al trasferimento della legittimazione. Si dovrebbe, quindi, concludere che le azioni di responsabilità dei creditori sociali, nel contesto del concordato preventivo, possono essere esercitate dal singolo creditore, esattamente come accade quando la società debitrice non è sottoposta ad alcuna procedura concorsuale”¹³.

La giurisprudenza che, più di recente, si è occupata della fattispecie¹⁴ ha avuto modo di evidenziare a chiare lettere che “il liquidatore giudiziale è privo della legittimazione ad esperire l’azione (sociale, n.d.r.) di responsabilità nei confronti degli amministratori della società ammessa alla procedura di concordato preventivo per cessione dei beni, quanto meno nei casi in cui la relativa proposizione non sia stata deliberata dall’assemblea, al fine di ricomprenderla nell’attivo concordatario, in tal senso deponendo sia la sua funzione di mero mandatario per la liquidazione dei beni oggetto della cessione (per i limiti della legittimazione processuale del liquidatore nel concordato preventivo cfr. Cass. 14 marzo 2006, n. 5515), sia la previsione dell’art. 2394-*bis* c.c. che, nel dettare una disciplina speciale in ordine alla legittimazione delle procedure concorsuali al fine dell’esercizio dell’azione di responsabilità, non contiene alcun riferimento al liquidatore giudiziale”.

¹² Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, p. 292 ss.

¹³ Così A. ZANINI, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴ Trib. Milano, sez. II, 7-19 luglio 2011, ined.

L’art. 2394-*bis* c.c. – rubricato “Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali” – stabilisce, infatti, testualmente che: “In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario”.

Tale orientamento è stato, peraltro, sottoposto ad attento vaglio – e conseguentemente confermato – da una parte della dottrina¹⁵ che ha, innanzitutto rilevato, in conformità al suddetto precedente del Tribunale meneghino, che stante il tenore letterale e di stretta interpretazione degli artt. 2394-*bis* c.c., 146, comma 2 lett. a) l. fall. e 206 l. fall., nessuna norma stabilisce e regola la sorte delle suddette azioni di responsabilità nel caso in cui la società sia stata ammessa, come nel caso di specie, alla procedura del concordato preventivo.

Sotto la vigenza della disciplina abrogata (*ratione temporis* riferibile, peraltro, proprio al precedente del 1996 citato dai ricorrenti) quando “il concordato era strutturato nella forma della cessione dei beni ai creditori, l’azione sociale di responsabilità al pari di tutti i beni e i diritti compresi nel suo patrimonio, era attribuita, a seguito della omologazione, ai poteri di amministrazione e di liquidazione del liquidatore designato dal tribunale”. La riforma della legge fallimentare avrebbe profondamente inciso su tale quadro normativo tant’è che se, come nel caso di specie, l’azione sociale non è compresa tra i beni offerti”, ciò significa che: a) il liquidatore designato a norma dell’art. 182 l. fall., a differenza del passato, non può esercitarla né proseguire il giudizio eventualmente già promosso; b) l’azione rimane nella disponibilità della società debitrice, che può esercitarla anche durante la procedura, secondo le regole ordinarie.

Risulterebbe, dunque, palese la carenza di legittimazione attiva dei liquidatori giudiziali all’esercizio dell’azione sociale di responsabilità.

Altrettanto privi di legittimazione risulterebbero i detti liquidatori con riferimento all’azione dei creditori sociali: aderendo alla corrente maggioritaria secondo cui, all’esito delle Riforme, e societaria e fallimentare, sia ancora esperibile da parte dei detti creditori nei confronti di una s.r.l., è stato, anche in tal caso egualmente e correttamente rilevato¹⁶, come la legge non contenga una disposizione, come quella contenuta nell’art. 2394-*bis* c.c., che, in caso di concordato preventivo, attribuisca l’esercizio dell’azione dei creditori sociali al liquidatore designato a norma dell’art. 182 l. fall.

Con la conseguenza che, in assenza di qualsivoglia esplicito richiamo normativo, ed alla luce del carattere eccezionale del disposto di cui all’art. 2394-*bis* c.c.

¹⁵ G. DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*, 2012.

¹⁶ G. DONGIACOMO, *op. ult. cit.*

alcuna legittimazione residua in capo al liquidatore giudiziale anche con riferimento alla suddetta azione dei creditori sociali¹⁷, legittimazione che, invece, resta radicata esclusivamente in capo ad ogni singolo creditore¹⁸.

Laddove, poi, il concordato preventivo fosse revocato, con conseguente successiva declaratoria di fallimento, la legittimazione attiva all'esperimento anche dell'azione di responsabilità dei creditori sociali (in una con quella sociale), sarà radicata esclusivamente in capo al curatore fallimentare, giusta il combinato disposto di cui agli artt. 2394-bis c.c. e 146 l. fall.

A fortiori e, per quanto sin qui esposto, sembrerebbe privo di legittimazione attiva anche il commissario giudiziale soccorrendo, anche qui, il dato testuale di cui all'art. 2394-bis c.c. che, com'è già rilevato, esclude dalla disponibilità degli organi del concordato preventivo, le predette azioni di responsabilità.

La carenza di legittimazione sarebbe, poi, minimamente rinvenibile in capo al commissario giudiziale solo se si esaminassero le prerogative istituzionali di tale organo. La figura del commissario giudiziale nel concordato preventivo è, infatti, disciplinata dall'art. 165 l. fall. e, stanti i rinvii ai soli artt. 36, 37, 38, 39 l. fall., si esclude decisamente che questi sia (come invece è il curatore fallimentare) portatore degli interessi dei creditori, e che abbia la loro rappresentanza sia come singoli soggetti che come massa¹⁹.

Il commissario giudiziale, invero, ha funzione tipizzata di:

- vigilanza sull'adempimento del concordato e sul compimento di atti dai quali possa derivare un pregiudizio per i creditori a norma dell'art. 185 l. fall.;
- informazione (*ex* artt. 172, 173 e 175 l. fall.);
- consulenza (tramite il parere motivato sull'omologazione *ex* art. 180 l. fall.);

¹⁷ Trib. Milano, sez. II, 7-19 luglio 2011, *cit.*

¹⁸ Cfr. G. DONGIACOMO, *op. ult. cit.*, secondo cui "a maggior ragione (ciascun, n.d.r.) creditore può agire, mediante l'azione prevista dall'art. 2394 c.c. per far valere un credito diverso da quello (verso la società debitrice e) modificato per effetto del concordato, e cioè, appunto, il credito al risarcimento dei danni subiti in conseguenza del patrimonio sociale ed alla conseguente insufficienza dello stesso al loro integrale pagamento, in corrispondenza della differenza tra il valore di quanto rinvenuto o promesso, se effettivamente ricevuto, e la originaria prestazione dovuta e non ricevuta".

¹⁹ In *obiter*, Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Il Fallimento*, 1991, p. 1248, secondo cui "la tesi espressa nell'impugnata sentenza secondo cui, nel giudizio di omologazione, portatore degli interessi dei creditori sarebbe il Commissario Giudiziale, in virtù del fatto che egli è tutore degli interessi pubblici emergenti nella procedura (come riconosciuto in alcune sentenze di questa Corte – v. Cass. sent. n. 1379/1977 e 1758/1981), è ben difficilmente sostenibile, non emergendo da alcun dato normativo, né da alcuna modalità di interpretazione sistematica della disciplina dell'istituto, che il Commissario Giudiziale nel concordato, ed in particolare nel giudizio di omologazione, abbia la rappresentanza dei creditori come singoli o come massa (per l'esclusione della rappresentanza, vedi Cass. sent. n. 3716/1953)".

- impulso, tramite ad esempio la richiesta di annullamento del concordato *ex* art. 186 l. fall.

Pertanto, alcuna legittimazione attiva alla promozione dell'azione risarcitoria (sociale e/o dei creditori sociali) di stampo squisitamente civilistico (e nell'ambito del procedimento in sede civile, qual è quello in esame) sembrerebbe possibile rinvenire in capo al predetto organo. Che fare, quindi?

"La disposizione di cui all'art. 240 l. fall., ai sensi del quale, come il curatore ed il commissario liquidatore, anche il commissario giudiziale può costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati previsti dalla legge fallimentare ha sicuramente un notevole impatto sistematico: al commissario giudiziale, nominato dal tribunale con il decreto di ammissione al concordato preventivo (art. 163 l. fall.), spetterebbe, seppur in uno specifico contesto, la legittimazione a chiedere il risarcimento per conto dei creditori sociali. Un'attribuzione che, a prima vista, non risulterebbe coerente con il ruolo svolto dal commissario giudiziale, che è sostanzialmente quello di garantire, in un sistema in cui le valutazioni di merito sono riservate ai creditori, che questi ultimi dispongano delle necessarie informazioni"²⁰.

Tuttavia, per quanto si dirà in seguito e diversamente dall'Autore appena riportato, il riferimento al "commissario giudiziale" di cui all'art. 240, non "deve essere inteso come un difetto di coordinamento ossia ritenendo che la norma si riferisse originariamente al commissario giudiziale della procedura di amministrazione controllata, e che il legislatore della riforma, abrogando le disposizioni che disciplinavano quella procedura, si sia dimenticato di eliminare il commissario giudiziale dal novero dei soggetti legittimati a costituirsi parte civile"²¹.

4. (Segue). La legittimazione del commissario giudiziale

Prendendo spunto dal precedente del Tribunale capitolino l'Estensore individua una *way out* per i ricorrenti tentando di dare, in modo esauriente e del tutto condivisibile, una spiegazione all'art. 240 l. fall. e consentendo di "cautelare il credito risarcitorio da illecito extracontrattuale, derivante e/o collegato ad uno o più reati astrattamente configurabili".

Orbene, a proposito dell'originalità espressa, occorre ribadire che l'ordinamento interno diviene diritto vivente a opera del giudice nazionale, il quale, dal testo al contesto e al significato della norma e nella prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, sperimenta il vincolo della "interpretazione conforme"²². Nel difficile equi-

²⁰ Così A. ZANINI, *op. cit.*, p. 133.

²¹ Sempre A. ZANINI, *op. cit.*, p. 133.

²² Il ruolo del diritto vivente nella costruzione della trama normativa, regolatrice della decisione nel caso concreto, risulta delineato, da ultimo, nella sentenza delle Sezioni Unite penali n. 18288 del 2010. Il formante del diritto vivente che, nella dimensione

librio fra la mediazione interpretativa del giudice e il principio di legalità pretendono un'attenta composizione diversi e talora opposti valori ed esigenze.

Da un lato, la pluralità e la gerarchia delle fonti normative ne richiede la selezione per individuare la regola decisoria da applicare nel caso concreto: il principio di tipicità e di determinatezza della fattispecie incriminatrice costituisce, infatti, la più solida garanzia della funzione di prevenzione generale, dell'uguaglianza di trattamento, della libertà di autodeterminazione e del diritto di difesa²³.

Riprendendo le fila dell'analisi, poi, non può negarsi un nesso funzionale tra il concordato rispetto al fallimento, nel senso che sovente, alla denuncia di insolvenza, qualificata inizialmente come crisi, si accerti uno stato di sostanziale ed irrimediabile incapacità a fronteggiare le obbligazioni di impresa. Ed è noto il fenomeno della "consecuzione" dei due riti, profilo che si fonda sull'unitarietà delle procedure, discendenti dalla situazione di difficoltà dell'impresa.

Ma tanto non consente di omologare a tutti gli effetti le due procedure, soprattutto in ragione dell'offesa portata ai creditori, eliminando le rispettive diversità ed anche le difformità nell'ottica penalistica.

Le norme penali fallimentari applicabili in relazione alle procedure concorsuali diverse dal fallimento sono contenute negli artt. 236, 236-bis e 237 l. fall., i quali fanno riferimento rispettivamente al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione, piani attestati ed alla liquidazione coatta amministrativa²⁴. La disciplina precedente includeva anche l'ipotesi di amministrazione controllata, poi abolita dalla Riforma operata dal d.lgs. 9.1.2006, n. 5.

L'art. 236 è una disposizione complessa: da un lato, il primo comma prevede un'autonoma fattispecie criminosa specificatamente destinata a sanzionare l'imprenditore commerciale che, al fine di ottenere l'ammissione a procedure concorsuali «minori», in-

nazionale, è da riconoscersi soprattutto nella giurisprudenza della Cassazione in funzione nomofilattica, postula "la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione, la quale, senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima".

²³ Così G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 311.

²⁴ In relazione all'amministrazione straordinaria occorre considerare l'art. 95, comma 1, del d.lgs. n. 270/1999, ai sensi del quale la dichiarazione dello stato di insolvenza di cui agli artt. 3 e 82 del medesimo decreto, è equiparata alla dichiarazione di fallimento ai fini dell'applicazione delle disposizioni dei capi I, II e IV del titolo VI della legge fallimentare. Dunque, le disposizioni in materia di bancarotta e di altri reati fallimentari – nonché le disposizioni procedurali – si applicano anche nel caso in cui, accertato e dichiarato lo stato d'insolvenza, l'impresa o le imprese del gruppo vengano ammesse all'istituto dell'amministrazione straordinaria.

dichi attività inesistenti oppure, per influire sulla formulazione delle maggioranze, simuli crediti anche in parte inesistenti; dall'altro, il secondo comma si pone quale mera norma di rinvio per l'individuazione delle singole disposizioni penali che il legislatore ha inteso rendere applicabili al concordato preventivo.

In particolare, per ciò che qui interessa, la norma prevede che nell'ambito della procedura concordataria si applicano le fattispecie di bancarotta fraudolenta e semplice (*ex artt. 223 e 224 l. fall.*) «agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società». Parte della dottrina ha segnalato l'affrettata e difettosa formulazione dell'intero testo dell'art. 236, che darebbe luogo ad una disciplina per certi aspetti ritenuta lacunosa ed iniqua²⁵. In ogni caso, la norma va interpretata alla luce della *ratio* che la sottende, che consiste nella conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, costituente la garanzia per i creditori della medesima, in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento.

Il richiamo *in toto* delle suddette norme incriminatrici comporta, ovviamente, che, per la configurabilità dei reati di cui trattasi, debbano ricorrere tutti gli elementi, di natura sia soggettiva che oggettiva ivi richiesti. L'unico elemento che differenzia le ipotesi di bancarotta in relazione al concordato preventivo è che, in luogo della sentenza dichiarativa di fallimento vi è il decreto di ammissione alla procedura, che assume la stessa funzione ed efficacia nella costruzione della fattispecie criminosa²⁶.

La consumazione coincide con la presentazione della domanda: la fattispecie prescinde dal conseguimento del risultato e dall'eventuale provvedimento di ammissione o diniego del tribunale o dall'inquinamento della volontà della maggioranza²⁷. È ipotizzabile il tentativo mentre l'elemento soggettivo è costituito dal dolo specifico perché proiettato al solo scopo dell'ammissione alla procedura e ad influire a proprio vantaggio nella formazione delle maggioranze, concretizzandosi in comportamenti rispettivamente diretti a trarre in inganno il tribunale e gli organi della procedura o i creditori. La scoperta della falsità concreta l'ipotesi di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo (art. 173 l. fall.)²⁸.

²⁵ Il secondo comma della disposizione, in particolare, è stato definito «un guazzabuglio di regole penali [...] messe lì alla rinfusa, senza alcuna regola logica o sistematica da cui ricavare una qualsivoglia ratio legis degna di questo nome» (cfr. LANZI, *Riflessi penali delle procedure vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 242).

²⁶ Cfr. Cass. pen. sez. V, 7 giugno 1984 in *Cass. pen.*, 1985, p. 1220; Cass. sez. V, 5 febbraio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2221; Cass. pen. sez. V, 7 luglio 1993, in *Difesa pen.*, 1993, p. 59.

²⁷ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II, Milano, 2008, 210; CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, II, Torino, 1991, p. 387; G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II ed., Milano, 2007, p. 1352.

²⁸ Così G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, II ed.,

Il punto di contatto sta – come si è accennato – nell'insolvenza, una situazione omogenea alla crisi (cfr. art. 160, comma 3, l. fall.), in forza della quale sorge la legittimazione sia al concordato sia alla procedura fallimentare.

Ma tanto acclarato, non può che sottolinearsi il divario corrente tra i due casi. Innanzitutto con l'occhio rivolto alla dinamica procedimentale. La natura diversa dei provvedimenti genetici (uno è decreto bisognoso di omologa, l'altro è sentenza), il che non è indifferente anche per il versante penale, perché essi rappresentano la premessa essenziale dei reati fallimentari, secondo la costante lettura della Suprema Corte.

Ma, al di là della genesi e dei meri aspetti formali, è dirimente la circostanza che in sede concordataria l'imprenditore non perde il possesso dell'impresa (e mantiene l'amministrazione, art. 167 e, conseguentemente, anche gli obblighi documentativi, cfr. art. 170). L'impresa prosegue nella sua attività (tanto che, proprio in ragione di possibili atti di frode commessi in questo prosieguo di gestione, è prevista la speciale revoca dell'ammissione e l'eventuale dichiarazione di ufficio del fallimento, art. 173)²⁹.

Nella decisione in commento il Giudice ha approfondito il significato dell'art. 240 l. fall. andando a recuperare la Relazione illustrativa del Guardasigilli Grandi della legge fallimentare del 1942 con la quale si era ricompreso "in una disciplina unitaria tutti gli aspetti della crisi economica dell'impresa... naturale sbocco di un vasto processo iniziato da molti anni, a seguito della constatata insufficienza del fallimento a regolare le diverse situazioni a cui la crisi dell'impresa può dar luogo". Precisamente, ricorda l'Estensore, già "nell'art. 35 della legge del 1903 "era naturale" che il commissario giudiziale facesse valere gli interessi patrimoniali dei creditori nel processo penale", per cui "nonostante lo spiccato carattere privatistico, si erano volute estendere le norme penali già previste per il fallimento e quest'impianto è stato mantenuto e rafforzato nel regio decreto del 1942, in cui le norme penali erano funzionali anche allo spirito pubblicistico dell'intera materia fallimentare...".

Nel capo IV del titolo VI del r.d. 267/1942, capo rubricato come "disposizioni di procedura" è, quindi, contenuta una norma, l'art. 240 appunto, che si occupa esplicitamente della costituzione di parte civile e la cui vigenza attuale è esplicitamente confermata dal cpv. dell'art. 212 disp. coord. c.p.p. – letto in combinato disposto con la norma che individua, in generale, la legittimazione a costituirsi parte civile nel processo penale e cioè l'art. 74 c.p.p.

Innanzitutto, in presenza di qualunque violazione delle norme dello Stato, siano esse penali, civili o amministrative, le medesime attivano dei meccanismi

che impongono all'organo giurisdizionale l'emissione di una misura riparatoria che «contrasti, ripari, elimini quella violazione»³⁰.

L'art. 74 c.p.p. riproduce pressoché fedelmente l'art. 22 c.p.p. del 1930, con l'esplicito riferimento all'«azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno». Volendo adottare una definizione più generale possiamo definirla "azione riparatoria"³¹ la cui fonte normativa è il combinato disposto degli artt. 2043, 2058 e 2059 c.c., per un verso, e per altro verso all'art. 185 c.p.³² individuata in riferimento agli obblighi contratti dall'autore del fatto illecito "tipico".

Il danno civile da reato – come si evince dalla formulazione dell'art. 185 c.p. – non è, quindi, altro che un danno da fatto illecito e rientra, pertanto, negli ordinari canoni della responsabilità civile rispettandone gli ambiti e le limitazioni. Dottrina e giurisprudenza concordi hanno precisato, infatti, come le disposizioni dell'art. 185 c.p. non abbiano efficacia costitutiva bensì mera funzione di regole integratrici dei generali principi degli artt. 2043 e 2059 c.c., che ne fanno una enunciazione ed un'applicazione più ampia di quella penale³³.

In questo quadro si colloca la sentenza della Suprema Corte a sezioni unite n. 500 del 22 luglio 1999, la quale riconsidera la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c.

Si legge in motivazione: «In definitiva, ai fini della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante». Deve ritenersi, pertanto, che non differendo in nulla l'azione civile esercitata nel processo penale dalla ordinaria azione civile nella sua sede deputata, è legittimata la costituzione di parte civile nel processo penale a tutela di un interesse legittimo violato dalla norma.

Il *petitum* sotteso dalla costituzione di parte civile è di per sé insito nella costituzione stessa ossia l'astratta previsione delle restituzioni e/o del risarcimento del danno (e la quantificazione dello stesso).

Per quanto riguarda, poi, la categoria dei potenziali danneggiati sino a questo momento si è fatto sempre riferimento al creditore, come soggetto che dal reato

³⁰ FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, ed. 7^a, Padova, 1994, p. 98.

³¹ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1968, pp. 364 e 377; ALOISI, *Manuale pratico di Procedura Penale*, Milano, 1932, p. 46.

³² DE ROBERTO, *sub art. 74*, in *Comm. Conso, Grevi*, Padova, 1987, p. 85. In giur. Cass. civ., 17 giugno 1968, n. 1983, in *Giur. It.*, I, 1969, p. 1562.

³³ Cass. pen., sez. VI, 21.01.1992, DALLA BONA, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2376. In dottrina, in tal senso, LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, ed. 1^a, Napoli, 1982, p. 235; CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, p. 103.

Milano, 2013, p. 2527.

²⁹ In tal senso Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2011, n. 31117.

fallimentare potrebbe subire un danno. In realtà, l'ambito è certamente più ampio e non sembra a questa affermazione essere di ostacolo il comma 2 dell'art. 240 l. fall. che si riferisce ai soli creditori, come ai soggetti che possono costituirsi in alternativa e/o in aggiunta. La norma, infatti, nata con l'obiettivo di evitare inutili sovrapposizioni di costituzioni di parte civile tra creditori e organo della procedura, tende soltanto ad individuare un soggetto che si occuperà di richiedere i danni conseguenti ai reati fallimentari. Se il reato fallimentare, però, da luogo a conseguenze dannose per soggetti diversi, costoro saranno direttamente legittimati, ex art. 74 c.p.p., a costituirsi parte civile.

Quest'ultima norma, infatti, è stata da sempre interpretata come riferentesi non soltanto alle persone offese dal reato ma anche a tutti coloro che dal medesimo avessero conseguito un danno³⁴. Un'interpretazione dell'art. 240 l. fall. secondo cui sarebbe preclusa ad altri danneggiati la costituzione di parte civile sembra, del resto, chiaramente in contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione.

In questa sede basterà, inoltre, ricordare come l'articolo venne immesso nella legislazione speciale per dirimere i dubbi che erano sorti nel periodo precedente sulla ipotizzabilità ed ammissibilità dell'esercizio dell'azione civile nei procedimenti penali per reati fallimentari.

Posizioni dottrinarie anche molto autorevoli avevano, infatti, sostenuto che il reato fallimentare fosse inidoneo a generare un danno risarcibile; se infatti il danno derivante dal reato – per lo più di bancarotta – era da individuarsi sostanzialmente nell'insolvenza, ed allora la possibilità di aggredire, liquidare e distribuire attraverso il fallimento l'intero patrimonio pignorabile era l'unica strada perseguibile, in quanto nella medesima procedura fallimentare ogni ragione di credito doveva essere soddisfatta e, del resto, un'eventuale condanna al risarcimento derivante dal giudice penale della bancarotta non avrebbe potuto dare di più di ciò che avrebbe dato il fallimento³⁵.

La tesi – oltre ad essere ormai superata dal dato normativo – è certamente confutabile perché confon-

³⁴ È, infatti, affermazione sostanzialmente pacifica in giurisprudenza che in tema di azione risarcitoria e di costituzione di parte civile, il danneggiato cui spetta il risarcimento, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 185 cod. pen. e 22 cod. proc. pen. del 1930 e 74 cod. vigente, non si identifica necessariamente con il soggetto passivo del reato in senso stretto ma è chiunque abbia riportato un danno eziologicamente riferibile alla azione od omissione del soggetto attivo del reato (Cass. pen., 25 giugno 1990, NASSISSI, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 465; negli stessi termini, Cass. pen., 21 marzo 1996, DELLA FORNACE, in *C.E.D. Cass.*, n. 204802 e Cass. pen., 20 ottobre 1997, MOZZATI, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 294).

³⁵ Così BONELLI, *Del fallimento*, III ed a cura di Andrioli, Milano, 1939, p. 306; a conclusioni analoghe, pur partendo da presupposti in parte diversi, DELITALA, *L'azione civile nel procedimento per bancarotta contro il debitore fallito*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, I, p. 117.

de l'insolvenza con il reato fallimentare e non tiene conto del fatto che il credito fatto valere nella procedura concorsuale è un'obbligazione tipicamente *ex contractu*, quella che viene accertata dal giudice penale è, invece, una tipica obbligazione *ex delicto*, di tipo extraconcorsuale³⁶.

Il danno da reato fallimentare è ben diverso dal cd. pregiudizio da insolvenza, in quanto quest'ultimo si sostanzia nell'inadempimento delle obbligazioni assunte dall'imprenditore dichiarato fallito o ammesso alla procedura di concordato e consiste nella perdita che il creditore subisce per il fatto di essere soddisfatto in "moneta fallimentare". Il secondo è quello che trae origine dai fatti costituenti reato³⁷ ed è di natura extracontrattuale e – ex art. 185 c.p. – può essere sia di natura patrimoniale sia di natura non patrimoniale o morale.

Il problema della configurabilità di questa possibile forma di danno da ultimo indicata anche per i reati fallimentari è stata messa in discussione da parte della dottrina che lo ha ritenuto ontologicamente incompatibile con la particolare tipologia criminale³⁸.

In realtà – seppure in concreto potrà apparire alquanto difficile accertarlo – non si vede perché non possano considerarsi danni morali gli stati di sofferenza e di prostrazione in cui, ad esempio, potrebbe versare il creditore in seguito alla distruzione o all'occultamento dei beni destinati alla garanzia creditoria³⁹.

Per quanto riguarda, invece, il danno patrimoniale da reati fallimentari, per distinguerlo dal pregiudizio economico derivante al creditore dal fallimento⁴⁰ (e consistente nella differenza tra attivo e passivo) viene indicato come "danno patrimoniale supplementare". Questo può essere definito come la differenza tra l'attivo fallimentare e l'attivo che si sarebbe realizzato se non vi fossero verificate quelle attività integranti le varie figure criminose⁴¹.

³⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Le leggi complementari*, ed. riveduta ed integrata da L. Conti, Milano, 1987, p. 260.

³⁷ Le due definizioni sono tratte da FABBRI, *L'azione civile nel processo penale*, in *Foro it.*, II, 1988, p. 656.

³⁸ In questo senso PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 363; negli stessi termini, SCALERA, *Costituzione di parte civile e risarcibilità del danno morale nel processo di bancarotta*, in *Dir. fall.*, 1971, II, p. 540.

³⁹ A favore della configurabilità del danno patrimoniale a seguito della commissione di reati fallimentari si esprime la dottrina dominante; a titolo esemplificativo, LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, p. 629; ai danni morali che potrebbero essere richiesti in sede di costituzione di parte civile fa riferimento Trib. Milano, 24 gennaio 1983, CARBONI, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 42 e Trib. Macerata, 31 maggio 1986, FOSCHI, in *Foro it.*, 1988, II, c. 653; nella motivazione di quest'ultima decisione si fa espressamente riferimento "allo sconforto, all'amarezza, all'incertezza in ordine alla soluzione delle questioni determinate dal dissesto della società".

⁴⁰ Va, però, ricordato come il pregiudizio da insolvenza ed il danno da reato possano coincidere in tutti quei casi in cui il fallimento rappresenta l'evento del reato.

⁴¹ Così, FABBRI, *L'azione civile nel processo penale*, op. cit., p. 658;

Problemi particolari sorgono per il caso in cui è oggetto di contestazione un reato che non ha inciso direttamente sul patrimonio del creditore (come le bancarotte c.d. patrimoniali), ma che consiste in una violazione formale riguardante, ad esempio, le scritture contabili (è il caso, ad esempio della bancarotta documentale fraudolenta o semplice). In questa ipotesi, infatti, potrebbe apparire, almeno in apparenza, particolarmente problematico individuare un danno che giustifichi la costituzione di parte civile.

A ben vedere, però, anche le tipologie di reati in parola sono suscettibili di dar luogo ad un pregiudizio di natura patrimoniale: la dottrina e la giurisprudenza dominanti, infatti, non escludono che anche alla bancarotta documentale risulti applicabile l'aggravante e l'attenuante di cui all'art. 219 c. 1 l. fall. per aver cagionato un danno patrimoniale di rilevante o non significativa entità. Mutuando quell'orientamento al caso in discussione si potrà sostenere che la omessa o irregolare tenuta delle scritture contabili cagiona una effettiva diminuzione patrimoniale in conseguenza della impossibilità di ricostruire totalmente o parzialmente la situazione contabile dell'impresa fallita o di esercitare le azioni revocatorie o, comunque, le altre azioni a tutela dei creditori medesimi⁴².

Ciò, quindi, che può essere causato da una bancarotta documentale è un danno qualificabile come una sorta di *lucrum cessans* (ad esempio, non si potrà recuperare un credito per la mancanza dei documenti a sostegno o non si potrà eccepire una prescrizione perché non sono stati forniti i documenti contabili per verificare quando il credito è sorto), collegato soprattutto alla mancata possibilità di recuperare beni per la soddisfazione dei creditori.

È fin troppo evidente, quindi, dalla lettura complessiva dei due articoli, che la norma fallimentare stabilisce delle deroghe e delle significative specificità quando l'azione civile deve essere esercitata in un procedimento per reati fallimentari⁴³.

Il testo della norma, che ha spiccata natura processuale, non offre aspetti di difficoltà applicativa né profili di oscurità letterale e non è dato, conseguentemente, comprendere la ragione della sua [eventuale] disapplicazione in un contesto diverso dal processo penale. Al contempo, evidenti sono le ragioni di ragionevolezza sistematica che sorreggono la lettera del precetto.

Analogamente, poi, nell'ipotesi contemplata dall'art. 240 l. fall. non si può certo dire che il curatore/commissario agisca anche nell'interesse dei coautori

dell'illecito o di coloro che ne abbiano tratto vantaggio. Eppure, per quanto costoro possano benissimo rivestire anche il ruolo di creditori, non si mette per questo in dubbio che l'azione sia esercitata (non in rappresentanza della "massa" ma comunque) per i creditori unitariamente ed impersonalmente considerati.

Se, quindi, questa è la effettiva portata della tutela processuale, la speciale disciplina stabilita dal legislatore per il solo contesto concorsuale penale ribadisce, senza alcun dubbio, la piena e complessa legittimazione dell'organo della procedura ed, al contempo, la adeguata e completa garanzia di protezione patrimoniale assicurata ai creditori, quali compartecipi della vicenda concorsuale, evitando momenti e ragioni di possibile violazione della regola della *par condicio*. Limitazione che, come si riscontra nella lettera della norma qui esaminata, viene per l'appunto a cessare quando la legittimazione del creditore fondi su una pretesa esterna alla procedura concorsuale, quale quella che faccia valere un titolo di azione propria personale: cioè, quanto non è suscettibile di azione per iniziativa del curatore, perché non proprio dell'interesse della massa o perché in opposizione alla linea di tutela dei creditori, da quegli esplicata.

Né l'interpretazione qui accolta si pone in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.: sia perché, invero, la tutela giurisdizionale è, comunque, assicurata dalla iniziativa e dalla presenza nel contesto processuale dell'organo concorsuale costituito parte nel processo, sia anche per la ragione che non è esclusa (anche al termine della procedura, eventualmente rientrata *in bonis* la società) la proponibilità in sede civile di nuova azione, da parte del creditore non soddisfatto nella sua pretesa, verso il responsabile⁴⁴.

in giur. Cass. 11 novembre 1957, FERRARI, in *Foro it.*, Rep. 1958, voce *Bancarotta*, n. 94.

⁴² Per questa affermazione Cass. 21 maggio 1985, MASTROBERTI, in *Cass. pen.*, 1987, p. 826.

⁴³ Secondo NUVOLONE, voce *Fallimento (reati)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, p. 500 la norma della legge fallimentare deve considerarsi sussidiaria rispetto a quella del codice di procedura penale.

⁴⁴ Così Cass. penale, sez. V, 03.10.2007, n. 43101.

Rassegna di legittimità

Avvocato – Onorari – In genere

Ai fini della liquidazione dei diritti e degli onorari spettanti al difensore in sede di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento successiva al rigetto della richiesta di concordato preventivo, il valore della causa, da determinarsi sulla base della domanda ex art. 10 c.p.c., non va desunto dall'entità del passivo, ma deve considerarsi indeterminabile, atteso che la pronuncia richiesta è di revoca del fallimento, con oggetto l'accertamento dell'insolvenza e non la delimitazione quantitativa del dissesto.

Cass. civ., sez. II, 12 maggio 2014, n. 10277

Pres. Piccialli, Est. Bursese

Avvocato – Tariffe professionali

In tema di pagamento di prestazioni professionali, in assenza di un accordo sui compensi in deroga ai minimi di tariffa per l'espletata prestazione professionale, il giudice deve liquidare il compenso spettante all'avvocato sulla base della tariffa professionale ed avendo riguardo al valore della causa. È possibile liquidare il compenso in misura inferiore al minimo tariffario solo in presenza di un parere obbligatorio del Consiglio dell'Ordine e se si ritenga una manifesta sproporzione fra le prestazioni professionali dell'avvocato e l'onorario previsto.

Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2014, n. 10190

Pres. Piccialli, Est. Oricchio

Competenza civile – Competenza per territorio – Cause ereditarie

In tema di competenza del giudice dell'aperta successione per le controversie relative a crediti verso il defunto o legali dovuti all'erede, l'art. 22, comma 1, n. 3, c.p.c. si riferisce anche ad ogni azione personale per qualsiasi credito vantato nei confronti del defunto, a prescindere dalla causa o dal titolo da cui è sorto, ma pur sempre all'imprescindibile condizione che non sia ancora decorso un biennio dall'apertura della successione, indipendentemente dalla circostanza che sia o meno stato instaurato un giudizio di divisione; ne consegue che quest'ultima circostanza diviene del tutto irrilevante e non opera la competenza speciale prevista dalla norma in esame, ove l'azione per il credito verso il de cuius sia iniziata dopo che sia trascorso già un biennio dall'apertura della successione.

Cass. civ., sez. VI, ord. 9 maggio 2014, n. 10097

Pres. Finocchiaro, Est. De Stefano

Danni – Valutazione e liquidazione – Danno emergente e lucro cessante

Ai sensi dell'art. 1223 c.c., in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il soggetto inadempiente è obbligato a risarcire i danni che siano conseguenza immediata e diretta della condotta non esattamente adempiente e, in particolare, a risarcire il creditore per la perdita subita consistente nella perdita di valori economici già esistenti nel patrimonio del danneggiato e per il mancato guadagno, ossia la mancata acquisizione, da parte del danneggiato, di valori economici (cc.dd. danno emergente e lucro cessante). Tra inadempimento e danno è necessario che sussista un nesso di causalità, escludendo dal risarcimento le conseguenze dell'inadempimento che non ne siano immediatamente dirette, ritenendosi essenziale che il danno venga cagionato in modo diretto dall'inadempimento e non da altre cause, e con l'ulteriore specificazione che il danno è da considerarsi causato dall'inadempimento se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (teoria condizionalistica) e sempre che sia configurabile come conseguenza normale e naturale dell'inadempimento (teoria della causalità adeguata).

Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2014, n. 10184

Pres. Goldoni, Est. Scalisi

Domicilio, residenza e dimora – Residenza procedimento civile – Rimessione in termini

Ai sensi dell'art. 44 c.c., la residenza originaria deve ritenersi immutata fino a quando il relativo trasferimento non sia regolarmente denunciato. Pertanto, non può essere rimessa in termini ex art. 294 c.p.c. la parte contumace in primo grado e costituitasi in appello che non ebbe notizia dell'atto di citazione, ritualmente notificato nella residenza originaria, per essersi allontanata da essa senza dare disposizioni per essere prontamente informata di quanto poteva riguardarla.

Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2014, n. 10183

Pres. Goldoni, Est. Matera

Fallimento – Concordato preventivo – In genere

In analogia con quanto previsto dalla legge fallimentare agli artt. 162, comma 2, e 179, comma 1, (in caso di mancata ammissione alla procedura e di mancata approvazione del concordato da parte dei creditori) la revoca dell'ammissione al concordato preventivo non è impugnabile con reclamo e non può essere impugnata neppure

con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. quando non abbia carattere decisorio e cioè non sia fondata sull'insussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi per l'accesso alla procedura o sul difetto di giurisdizione; al di fuori di tali ipotesi, infatti, la decisorietà è acquisita soltanto con la dichiarazione di fallimento, in difetto della quale il debitore può proporre nuova domanda di concordato.

Cass. civ., sez. I, 8 maggio 2014, n. 9998

Pres. Ceccherini, Est. Di Amato

Fallimento – Procedimento per la dichiarazione di fallimento – Preesistente stato di insolvenza – Trust cd. liquidatorio – Inefficacia – Conseguenze – Nullità del trasferimento dei beni al "trustee".

La prima sezione civile della Corte si è occupata, per la prima volta, dell'istituto del c.d. trust liquidatorio, affermando che, in presenza di uno stato di preesistente insolvenza, il negozio non è riconoscibile nell'ordinamento italiano ed è, dunque, inefficace, costituendo un ostacolo all'applicazione della disciplina concorsuale, di natura pubblicistica. La mancata produzione dell'effetto di segregazione patrimoniale proprio del trust, conseguente all'accertamento incidentale della sua inefficacia da parte del tribunale fallimentare, determina la nullità del trasferimento dei beni al "trustee" per difetto di causa, cosicché, dichiarato il fallimento, il curatore può materialmente procedere alla loro apprensione.

Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2014, n. 10105

Pres. Vitrone, Est. Nazzicone

Giurisdizione civile – Giurisdizione ordinaria e amministrativa: impiego pubblico – In genere

Nell'ipotesi di controversia relativa al rapporto di pubblico impiego non soggetto alla privatizzazione, la questione della giurisdizione (in caso di domanda al risarcimento danni per la lesione della propria integrità psico-fisica proposta da un pubblico dipendente nei confronti dell'Amministrazione) è subordinata all'accertamento della natura giuridica dell'azione di responsabilità. Infatti, se viene fatta valere la responsabilità contrattuale dell'ente datore di lavoro, la cognizione della domanda rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre, in caso di responsabilità extra-contrattuale, la competenza spetta al giudice ordinario.

Cass. civ., sez. un., 5 maggio 2014, n. 9573

Pres. Rovelli, Est. Di Amato

Lavoro pubblico – Indennità di buonuscita – Com-misurazione – Dipendente pubblico con qualifica non dirigenziale – Retribuzione percepita per reggenza di mansioni di dirigente – Computo – Esclusione

Le Sezioni Unite, a composizione di contrasto, hanno enunciato il principio secondo cui, nel regime regolato dagli art. 3 e 38 del d.P.R. n. 1032 del 1973, per la determinazione dell'indennità di buonuscita dei dipendenti

pubblici che non abbiano conseguito la qualifica dirigenziale, va considerato, quale base di calcolo, lo stipendio della qualifica di appartenenza e non quello corrisposto per l'esercizio temporaneo, in posizione di reggenza, delle mansioni per la superiore qualifica di dirigente.

Cass. civ., sez. un., 14 maggio 2014, n. 10413

Pres. Miani Canevari, Est. Amoroso

Lavoro subordinato (rapporto di) – Estinzione e risoluzione del rapporto: licenziamento – Impugnazione

Avverso l'ordinanza di accoglimento o rigetto dell'impugnazione del licenziamento, introdotta dall'art. 1, comma 49, l. 28 giugno 2012 n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita – cd. 'Riforma Fornero'), è previsto non l'appello, bensì l'opposizione davanti allo stesso giudice, come previsto dall'art. 1, comma 51, della stessa legge. Soltanto contro la sentenza resa a seguito di questa opposizione è ammessa l'impugnazione, a mezzo di reclamo, innanzi alla Corte d'appello. Di conseguenza, contro l'ordinanza ex art. 1, comma 49, l. n. 92/2012, non è applicabile il ricorso per saltum, previsto dall'art. 360, comma 2, c.p.c., poiché questo è contemplato solo in relazione ad una sentenza appellabile.

Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2014, n. 10133

Pres. Lamorgese, Est. Bandini

Luci e vedute – Servitù di veduta

Un'inferriata posta a separazione tra due fondi, anche urbani, non può dare luogo all'esercizio di una servitù di veduta, perché anche quando essa consenta di inspicere e di prospicere sul fondo altrui, costituisce pur sempre un'opera avente la funzione di semplice separazione dei fondi, mentre la eventuale possibilità di guardare e di affacciarsi sul fondo del vicino è, in tal caso, reciproca ed esclude, pertanto, quella situazione di soggezione di un fondo nei confronti dell'altro la cui sussistenza è indispensabile per la configurazione del diritto di servitù.

Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2014, n. 10181

Pres. Goldoni, Est. Abete

Obbligazioni e contratti – Contratto – A favore del terzo

Ai sensi dell'art. 1411 c.c., il contratto a favore di terzo, non ricorre né quando il diritto attribuito al terzo sorga per legge, né qualora il terzo sia destinatario degli effetti economici vantaggiosi della prestazione, ma non acquisti il diritto a pretenderla, salvo il diverso diritto, eventualmente desumibile dal contratto, a che la prestazione, ove effettuata, sia eseguita in maniera diligente al fine di evitargli un danno. In tale ultimo caso, si configurerebbe, piuttosto, un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo.

Cass. civ., sez. II, 12 maggio 2014, n. 10272

Pres. Goldoni, Est. Manna

Rassegna di merito

Assegno bancario – Firma apocrifa: la banca non è responsabile se la falsità non emerge *ictu oculi*

*In tema di pagamento di assegni di conto corrente che si assumano falsificati o alterati, la diligenza della banca trattaria nel riscontrare la corrispondenza delle firme di traenza allo specimen depositato dal correntista va ravvisata quando, ad un esame attento – benché a vista – del titolo, la difformità delle sottoscrizioni non sia rilevabile *ictu oculi*, in quanto la banca non è tenuta a predisporre particolari attrezzature idonee ad evidenziare il falso o l'alterazione mediante strumenti meccanici o chimici, né si richiede che i suoi dipendenti abbiano una particolare competenza in grafologia.*

Trib. Napoli, 28 maggio 2014

Giud. F. Perrella

Delibere di approvazione del bilancio – Vizi procedurali e sostanziali – Sanzioni – Ammissibilità delle misure cautelari – Approvazione del bilancio successivo ed azione di accertamento del bilancio precedente – Carenza d'interesse ad agire

1. *Le delibere di approvazione del bilancio (prese in considerazione dell'art. 2434-bis c.c.) sono annullabili anche se adottate in presenza di violazioni procedurali nella formazione del bilancio (ad esempio l'omesso deposito nella sede del progetto di bilancio, l'impossibilità di effettuarne la consultazione da parte dei sindaci, il mancato deposito della relazione degli amministratori, la decadenza di uno dei componenti del collegio sindacale che si risolve in un difetto di costituzione e in una ragione d'invalidità delle di approvazione del bilancio in quanto la relazione dei sindaci costituisce un momento essenziale di detto procedimento); sono viceversa considerate nulle le deliberazioni di bilancio caratterizzate dalla violazione di precetti inderogabili quali il principio di chiarezza che rende invalida la delibera di approvazione del bilancio al pari della violazione del principio di verità.*

2. *La delibera di approvazione del bilancio non necessita di atti esecutivi in senso stretto ed è destinata ad esplicare un'efficacia fondamentale nella vita della società, costituendo la premessa per gran parte delle sue successive decisioni, quali, ad esempio, la distribuzione di utili, la verifica di situazioni rilevanti ex artt. 2446-2447 c.c., la determinazione dell'ammontare del capitale sociale anche in vista dell'emissione di un prestito obbligazionario, l'idoneità a costituire la base per deliberazioni di fusione,*

*scissione, trasformazione, l'idoneità stessa a fungere da base, in forza del principio di continuità, per determinare i saldi relativi all'esercizio successivo delle poste oggetto di impugnazione e la cui ritenuta illegittimità fondasse la richiesta la sospensiva (Trib. Napoli, 15.10.1998, in Soc. 1999, 710; Trib. Napoli, 29.6.1998, *ivi*, 714; Trib. Napoli, 6.2.1990, *ivi*, 1990, 906; Trib. S.M. Capua Vetere, 23.2.1999, *ivi*, 1999, 1360; Trib. Chiavari, 24.8.1992, *ivi*, 1993, 351; Trib. Oristano, 13.10.1986, in Dir. Fall., 1987, II, 260; Trib. Torino, 30.6.1998, in Giur. It., 1999, p. 786). Se ne assume la suspendibilità.*

3. *L'approvazione (valida o no) del bilancio successivo, fa venir meno – o, almeno, attenua sensibilmente – l'interesse a chiedere l'accertamento della scorrettezza del bilancio precedente. La norma contenuta al comma 1 dell'art. 2434-bis, in certo modo trasforma la "probabile" carenza di interesse in una "presunzione assoluta" di carenza di interesse.*

Trib. Napoli, sez. spec. imprese, ord. 21 novembre 2013

Giud. E. Quaranta

Figli naturali riconosciuti – Obbligo di mantenimento del genitore non convivente – Quantum: criteri di determinazione – Diritto al rimborso del genitore affidatario per il periodo intercorso tra la nascita del bambino e la determinazione giudiziale

1. *Nulla quaestio in ordine al dovere del genitore non convivente con il figlio di corrispondere all'altro genitore un contributo al mantenimento del figlio stesso. Invero, nella determinazione del contributo previsto dall'art. 277 c.c., in tema di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, la regola dell'affidamento condiviso a entrambi i genitori ai sensi dell'art. 155 c.c. – applicabile anche ad essi in forza del rinvio operato dall'art. 4 della legge n. 54 del 2006 – non implica deroga al principio secondo il quale ciascun genitore deve provvedere alla soddisfazione dei bisogni dei figli in misura proporzionale al suo reddito. In applicazione di essa, pertanto, va disposta, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico che, in caso di collocamento prevalente presso un genitore, va posto a carico del genitore non collocatario, prevedendone lo stesso art. 155 la determinazione in relazione ai tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore.*

2. *Ai fini della determinazione del quantum dell'assegno di mantenimento non si potrà non tenere conto delle sostanze e dei redditi del genitore obbligato. Per la de-*

terminazione dell'assegno di mantenimento a favore del figlio minore, le buone risorse economiche dell'obbligato hanno rilievo non soltanto nel rapporto proporzionale con il contributo dovuto all'altro genitore, ma anche in funzione diretta di un più ampio soddisfacimento delle esigenze del figlio, posto che i bisogni, le abitudini, le legittime aspirazioni di questo e in genere le sue prospettive di vita, non potranno non risentire del livello economico sociale in cui si colloca la figura del genitore.

Stante la natura costitutiva del provvedimento determinativo dell'assegno di mantenimento, la decorrenza non può aversi che dalla domanda giudiziale, rispetto alla quale la prescrizione è interrotta ai sensi dell'art. 2943.2 c.c.

3. Il rimborso delle spese sostenute dal genitore affidatario per il figlio naturale, nel periodo intercorso tra la nascita del bambino e la determinazione beneficio dovuto dall'altro genitore, è un diritto che la Giurisprudenza ha inderogabilmente riconosciuto. Esso non può essere determinato anticipando alla data di nascita l'importo dovuto come assegno di mantenimento. Infatti, i criteri di liquidazione per i due periodi devono essere tenuti distinti e diversificati, inerendo a domande con diverso oggetto, ed in particolare quella di rimborso attenendo alla definizione dei rapporti pregressi tra condebitori solidali, quali genitori tenuti, ex art. 261 e 148 c.c., al mantenimento del figlio da entrambi riconosciuto, e segnatamente al diritto di regresso dell'uno nei confronti dell'altro, ex art. 1299 c.c. diritto che presuppone l'accertamento del quantum dovuto in restituzione, quantum che, sebbene suscettibile di liquidazione equitativa, trova limite negli esborsi in concreto o presumibilmente sostenuti dal genitore che ha per intero affrontato la spesa e che in entrambi i casi, non può prescindere né dalla considerazione del complesso delle specifiche, molteplici e nel tempo variabili esigenze effettivamente soddisfatte o notoriamente da soddisfare nel periodo da considerare ai fini del rimborso né dalla valorizzazione delle sostanze e dei redditi di ciascun genitore, quali all'epoca goduti ed evidenziati, eventualmente in via presuntiva, dalle risultanze processuali, né dalla correlazione con il tenore di vita di cui il figlio ha diritto di fruire, da rapportare a quello dei suoi genitori.

Trib. Napoli, sez. I, 4 novembre 2013

Rel. I. Capone

Il difetto di rappresentanza non è rilevabile di ufficio ma solo su eccezione dello pseudo rappresentato

Il contratto concluso dal rappresentante senza poteri non è nullo né annullabile, ma soltanto inefficace nei confronti dello pseudo rappresentato, fino alla ratifica di questi; tale inefficacia temporanea non è rilevabile di ufficio ma solo su eccezione dello pseudo-rappresentato, non anche dell'altro contraente.

Trib. Nola, ord. 15 novembre 2013,

Giud. E. Savarese

Ipoteca: la cancellazione non può essere ordinata con provvedimento d'urgenza

La cancellazione dell'iscrizione ipotecaria non può essere ordinata in via provvisoria né si può fare riferimento, sulla base di una delibazione sommaria, ad alcuna pronuncia inhibitoria e/o coercitiva equipollente alla cancellazione stessa.

La cancellazione dell'iscrizione, dunque, può avvenire solo con sentenza passata in giudicato ex art. 2884 c.c.

Trib. Avellino, ord. 9 maggio 2014,

Giud. N. Ciccarelli

Corte di Cassazione, sez. II, civile

Sentenza 11 febbraio 2014, n. 3091 - Pres. Oddo, Rel. Matera

Autonomia contrattuale – Tipicità dei diritti reali – Principio – Deroga – Diritti personali a carattere obbligatorio – Configurabilità – Fattispecie

*In base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., è consentito alle parti di sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cose altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori*¹.

¹ Nota redazionale a cura di PIETRO D'ALESSANDRO - Avvocato. Il nostro ordinamento è regolato dal principio del numero chiuso dei diritti reali che indica la tipicità legale necessaria di questa categoria di diritti, nel senso che non è permesso ai privati creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge né modificarne il regime. Storicamente il principio rispondeva all'esigenza di reagire al sistema feudale che consentiva la creazione di una moltiplicazione di diritti con una multiforme varietà di regolamentazioni determinando un forte ostacolo alla libertà dell'individuo e alla libera circolazione dei beni per la sopravvivenza di privilegi legati alla suddivisione della società in classi [COMPORATI, *Diritti reali: I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989, p. 5] Il principio del numero chiuso non è espressamente sancito dal codice ed è stato variamente giustificato dalla dottrina. Molti autori fanno riferimento all'art. 1372 c.c. sottolineando che l'efficacia contrattuale non può che limitarsi alle sole parti e non estendersi ai terzi, i quali non possono subire effetti negativi nella propria sfera giuridica [NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova 1982; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 248]. Il richiamo al principio di relatività degli effetti del contratto è stato da alcuni ritenuto improprio perché l'art. 1372 c.c. riguarda il valore tra le parti del regolamento contrattuale e non già l'efficacia della situazione soggettiva che attraverso il contratto può essere acquistata e che viene regolata dai principi suoi propri e non dalle norme relative al titolo acquisitivo [CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 964]. Altra parte della dottrina ha ravvisato un diverso fondamento al principio del *numerus clausus* dei diritti reali. Secondo tale opinione il principio di tipicità si desume dal fatto che la possibilità di creare figure atipiche è stata prevista solo in tema di contratti con l'art 1322 c.c. mentre manca, nell'ambito dei diritti reali, un'analoga norma. Ciò implica la volontà del legislatore di negare libero accesso in tal materia al principio dell'atipicità [BIANCA, *Diritto civile*, vol. VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 132]. Da questo punto di vista è stato posto l'accento sulla diversa tecnica che utilizzata nella redazione del codice. Mentre in materia contrattuale il legislatore prima ha dettato le norme sul contratto in generale e solo dopo ha regolato le singole fattispecie contrattuali, con riguardo ai diritti reali non ha utilizzato la stessa tecnica ma ha solo disciplinato i singoli diritti previsti. La differenza nella tecnica utilizzata non può che avere un preciso significato: in materia contrattuale il legislatore ha considerato l'ipotesi della nascita di fattispecie negoziali diverse da quelle tipiche ed ha dettato regole o principi generali da applicarsi in assenza di norme di parte speciale; nel caso dei diritti

Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2014, n. 3091
Pres. Oddo, Rel. Matera

reali invece tale eventualità è stata esclusa e per tale ragione non è stata avvertita la necessità di dettare regole generali [CICORIA, *Brevi note in tema di trust e tipicità dei diritti reali*, *Giust. civ.*, 2004, p. 12]. Da un diverso punto di vista si è detto che costituiscono base per il principio di tipicità l'art. 42 Cost. e l'art 832 c.c. per i quali solo il legislatore può determinare il contenuto tipico del diritto di proprietà e, dunque, anche le limitazioni allo stesso come possono essere considerati, in senso lato, i diritti reali limitati [BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 236]. Frequentemente si rileva anche che la tipicità dei diritti reali deriva dalla necessaria tipicità degli atti soggetti a trascrizione dettata da evidenti esigenze di certezza nei traffici [GAZZONI, *op. cit.*, p. 248]. Il principio del numero chiuso è costantemente ribadito dalla giurisprudenza [oltre la sentenza in commento, Cass. 27 febbraio 2012, n. 2973, *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, p. 225; Cass. 4 febbraio 2010, n. 2651, *Riv. Not.*, 2010, 6, p. 1553; Cass. 11 marzo 1981, n. 1387, *Giust. civ.*, 1983, p. 3] che sottolinea che diritti reali di godimento di natura perpetua sarebbero contrari ad interessi di natura pubblicistica [Cass. 29 giugno 2000, n. 12765, *Giust. civ.*, 2000, p. 2005, in motivazione]. La giurisprudenza ammette che le parti possano costituire diritti di natura meramente obbligatoria di contenuto simile ai diritti reali su cosa altrui. Le situazioni sono notevolmente diverse perché la tutela del rapporto obbligatorio è relativa e non già *erga omnes* e quindi il diritto obbligatorio non sarà opponibile ai terzi non essendo il contratto soggetto a trascrizione. La differenza, dal punto di vista sostanziale e contenutistico, tra il diritto reale e quello personale di godimento consiste anche dal fatto che i poteri che scaturiscono dal singolo diritto reale in favore del suo titolare sono quelli determinati dalla legge e non possono essere validamente modificati dagli interessati, a differenza di quanto accade nel secondo tipo di diritto che proprio in ragione della natura obbligatoria e non reale del rapporto giuridico prodotto può essere diversamente regolato dalle parti nei suoi aspetti di sostanza e di contenuto [Cass. 26 febbraio 2008, n. 5034, *Riv. Not.*, 2009, 4, p. 995]. Si discute in giurisprudenza se il principio di tipicità valga o meno per le obbligazioni *propter rem*. Secondo parte della giurisprudenza detto principio sarebbe limitato ai diritti reali su cosa altrui e non può estendersi a casi diversi quale quello delle obbligazioni *propter rem* [Cass. 6 marzo 2003, n. 3341, *Giust. civ., Mass.*, 2003, p. 469]. In senso contrario si è stabilito che le obbligazioni *propter rem*, oltre che dall'accessorietà e dall'ambulatorietà dal lato soggettivo passivo, sono caratterizzate, al pari dei diritti reali, dal requisito della tipicità, con la conseguenza che non possono essere liberamente costituite dall'autonomia privata, ma sono ammissibili soltanto quando una norma giuridica consente che, in relazione ad un determinato diritto reale e in considerazione di esigenze permanenti di collaborazione e di tutela di interessi generali, il soggetto si obblighi ad una prestazione accessoria, che può consistere anche in un *facere* [Cass. 2 gennaio 1997, n. 8, *Riv. Not.*, 1997, p. 1241].

Servitù – Tipicità dei diritti reali – Autonomia contrattuale – Servitù irregolari – Natura – Diritti personali a carattere obbligatorio – Configurabilità – Condizioni – Attribuzione del diritto esclusivamente a vantaggio della persona – Necessità – Fattispecie – Utilità fondiaria – Eslusione

Invece di prevedere l'imposizione di un peso su un fondo (servente) per l'utilità di un altro (dominante), in una relazione di asservimento del primo al secondo che si configura come una "qualitas fundi", le parti ben possono pattuire un obbligo personale, configurabile quando il diritto attribuito sia previsto per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo, senza alcuna funzione di utilità fondiaria².

² Il codice vigente ha previsto che l'utilità oggettiva del fondo dominante sia il necessario elemento qualificante la servitù prediale che vale a giustificare la tutela giuridica.

Rileva autorevole dottrina [VITUCCI, *Servitù prediali, Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. XVIII, Torino, 1998, pp. 500-501] che il principio per il quale la servitù deve giovare all'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario risponde all'esigenza di portata generale che l'ordinamento eserciti un controllo sui concreti obbiettivi perseguiti dai privati. La medesima funzione viene svolta nella disciplina del rapporto obbligatorio dall'art. 1174 c.c. per il quale l'obbligazione deve corrispondere ad un interesse del creditore. Al titolare del diritto reale è però attribuita una protezione più forte rispetto a quella accordata al titolare del diritto di credito e, pertanto, è più severamente condizionata nei suoi presupposti. La meritevolezza dell'interesse deve quindi essere apprezzata in materia di servitù con rigore più intenso rispetto a quello che si usa nel rapporto obbligatorio, dove il filtro rappresentato dall'interesse del creditore è assai sottile e si svolge a livello di enunciazione teorica. L'interesse da proteggere nella servitù per essere considerato meritevole di protezione, deve presentarsi con un grado diverso e cioè deve riferirsi non alla persona di chi acquista il diritto ma ad esigenze che vadano oltre quella persona. Per questo motivo è necessario che l'utilità inerisca al fondo. La ricostruzione ora riportata viene condivisa dalla giurisprudenza della Corte Suprema che ritiene che i contratti costitutivi di servitù prediali di tipo personale non siano meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento [Cass. 29 agosto 1998, n. 8611, *Giur. it.*, 1999, p. 2267].

L'impostazione secondo cui la servitù richiede un'utilità oggettiva del fondo dominante, che corrisponde alla tradizionale concezione del diritto romano, conduce ad escludere la configurabilità di servitù irregolari o personali, da intendersi come limitazione al diritto di proprietà su un fondo non già per il vantaggio di un altro fondo ma a beneficio di una o più persone determinate. Nonostante il fatto che la Commissione reale per il nuovo codice avesse tentato di introdurre la servitù irregolare nell'ordinamento con l'inserimento nel progetto di una disposizione che ne ammetteva espressamente la costituzione (art. 267), nella stesura definitiva la norma non fu riprodotta.

Il Ministro Guardasigilli spiegava nella relazione le ragioni della sua contrarietà: "Non ho accolto l'innovazione che introduceva il Progetto della Commissione Reale (art. 267) allo scopo di consentire la costituzione di servitù irregolari. La possibilità lasciata all'autonomia privata di assoggettare con efficacia reale ai più svariati vincoli la proprietà fondiaria non può non tradursi in un ostacolo all'incremento della produzione. I diritti che dovrebbero formare il contenuto di tali servitù possono più convenientemente rimanere circoscritti nella sfera dei rapporti obbligatori" (n. 490).

L'art. 267 del progetto era così concepito: "Si può stipulare o disporre con efficacia reale che una persona, indipendentemente da un

Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2014, n. 3091
Pres. Oddo, Rel. Matera

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

Con atto di citazione dell'1.10.1982 C.S. conveniva dinanzi al Pretore di Caltagirone T.F., assumendo di essere proprietario del fondo sito in (*Omissis*), f. 207, particella 80, e lamentando che la convenuta aveva eliminato il viottolo, insistente sul suo fondo, su cui egli esercitava il diritto di passaggio. Tanto premesso, l'attore chiedeva la condanna della convenuta a consentirgli il passaggio, di cui chiedeva l'ampliamento fino a metri tre.

A seguito di declaratoria d'incompetenza del Pretore adito, la causa veniva riassunta dinanzi al Tribunale di Caltagirone.

Il giudizio, interrotto per il decesso della convenuta, veniva riassunto nei confronti dei suoi eredi.

G.M. e G.G., costituiti in tale veste, eccepivano la propria carenza di legittimazione passiva, sostenendo che unica legittimata era G.C., donataria del fondo sul quale il C. vantava la servitù.

Nel frattempo, con altro atto di citazione notificato il 27.11.2001, C.S. conveniva in giudizio D.M., proprietario di un fondo confinante con quelli delle parti.

Con sentenza in data 25.09.2003 il Tribunale di Caltagirone dichiarava la carenza di legittimazione passiva di G.M. e Gaetano; in accoglimento della domanda attrice, dichiarava che i fondi di G.C. e D.M. erano gravati da servitù di passaggio a favore del fondo del C.; disponeva l'allargamento del viottolo esistente, ponendo a carico dell'attore le spese a ciò necessarie e subordinando l'esecuzione di tali opere al pagamento dell'indennità di cui all'art. 1053 c.c., determinata in Euro 139,45 in favore della G. e in Euro 9,30 in favore del D.

Avverso la predetta decisione proponeva appello G. C.

Con sentenza in data 25.11.2006 la Corte di appello di Catania, in accoglimento del gravame, rigettava le domande proposte dall'attore.

fondo proprio, possa derivare per la sua utilità o per interesse di un terzo dal fondo altrui un vantaggio che normalmente costituisce il contenuto di una servitù prediale" [testo riportato da COMPORTI, *Servitù (dir. priv.)*, Enc. Dir., Varese, 1990, p. 291].

Per il principio di tassatività dei diritti reali, dunque, ai privati non è dato creare servitù di tipo diverso da quelle tipicamente previste. Dottrina e giurisprudenza riconoscono alle parti la possibilità di costituire un diritto di servitù di natura non reale ma obbligatorio che preveda un vantaggio di uno o più soggetti e non già del fondo dominante. Il contratto, in questo caso, viene ricondotto allo schema del contratto di locazione o di contratti affini, quali l'affitto o il comodato [Cass. 20 novembre 2002, n. 16342, *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2171; Cass. 11 gennaio 1999, n. 190, *Riv. Not.*, 1999, p. 1215, MUSOLINO, *Le servitù irregolari (l'autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, *Riv. Not.*, 2010, p. 1517].

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso C. S., sulla base di due motivi.

G.C. ha resistito con controricorso, mentre l'altro intimato D.M. non ha svolto attività difensive.

Il ricorrente ha depositato una memoria *ex art. 378 c.p.c.*

Motivi della decisione

1) Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3. Deduce che la Corte di appello ha errato nel ritenere che la disposizione testamentaria con cui C.P., nel lasciare con testamento al figlio L. una porzione del proprio fondo sito in contrada (*Omissis*), gli imponeva l'obbligo di "dare passaggio alla sorella Ca. per recarsi sul fondo come infra a lei lasciato", non avesse inteso costituire una servitù di passaggio, ma imporre un obbligo di natura personale. Sostiene che l'interpretazione letterale della citata clausola testamentaria porta alla conclusione della esistenza di una servitù di passaggio.

Rileva, infatti, che il testatore ha voluto garantire che anche il fondo intercluso disponesse di un accesso alla pubblica via, e tale accesso non può essere costituito che da una servitù di passaggio, e cioè da un diritto reale su cosa altrui, la cui caratteristica fondamentale è la tipicità.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione. Deduce che la Corte di appello ha affermato in modo apodittico che con la clausola testamentaria in esame non è stata costituita una servitù di passaggio ma un obbligo di natura personale, che non trova cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico, data la tipicità dei diritti reali.

2) I due motivi, che per ragioni di connessione possono essere trattati congiuntamente, sono infondati.

Questa Corte ha già avuto modo di affermare che, in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., è consentito alle parti di sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cose altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori. Pertanto, invece di prevedere l'imposizione di un peso su un fondo (servente) per l'utilità di un altro (dominante), in una relazione di asservimento del primo al secondo che si configura come una "*qualitas fundi*", le parti ben possono pattuire un obbligo personale, configurabile quando il diritto attribuito sia previsto per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo, senza alcuna funzione di utilità fondiaria (Cass. 04.02.2010 n. 2651; Cass. 27.10.2006 n. 23145; Cass. 29.08.1998 n. 8611; Cass. 29.08.1991 n. 9232).

Non merita censure, di conseguenza, il giudizio espresso dal giudice di appello, il quale, in linea con gli anzidetti criteri, ha ritenuto che con la disposizione testamentaria in esame (con cui C. P., in origine unico

proprietario dei fondi per cui è causa, lasciando al figlio L. una porzione del proprio fondo, ora di proprietà di G.C., gli impose l'"obbligo di dare passaggio alla sorella Ca. per recarsi sul predio come infra a lei lasciato", corrispondente al tratto di terreno ora di proprietà di C.S.) il *de cuius* ha inteso costituire un'obbligazione di natura meramente personale tra i figli destinatari del lascito dei due tratti di terreno.

A tali conclusioni la Corte territoriale è pervenuta sulla base di un percorso argomentativo congruente sul piano logico e aderente al tenore letterale della scheda testamentaria, con cui è stato rilevato che in tale atto non viene indicato il tracciato su cui si sarebbe dovuto esercitare il passaggio, non si fa riferimento all'esistenza di una via, nè, tanto meno, se ne prevede la realizzazione, non si descrive il fondo lasciato alla figlia Ca. come privo di accesso alla via pubblica. Tali considerazioni, unitamente al rilievo che i fondi delle parti non sono limitrofi, hanno ragionevolmente indotto il giudice del gravame ad escludere che il *de cuius* abbia voluto costituire una servitù di passaggio a carico del fondo attualmente di proprietà della convenuta, in favore del fondo ora di proprietà dell'attore.

Il convincimento espresso al riguardo dal giudice di appello si sottrae al sindacato di questa Corte. L'interpretazione del testamento, volta ad identificare l'effettiva volontà del testatore, infatti, costituisce espressione di un tipico accertamento di fatto riservato al giudice del merito, non censurabile in sede di legittimità se sorretto, come nel caso in esame, da una motivazione immune da vizi logici e giuridici.

3) Per le ragioni esposte il ricorso deve essere rigettato, con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese sostenute dalla resistente G.C. nel presente grado di giudizio, liquidate come da dispositivo.

Nei confronti dell'altro intimato D.M., che non ha svolto attività difensive, non vi è pronuncia sulle spese.

P.Q.M.

(*Omissis*)

Tribunale di Cassino

Sentenza 25 marzo 2014 - Rel. Sordi

Esercizio diritto di cronaca e diritto di critica – Azione civile di risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa – Limite della continenza – Sussistenza – Risarcibilità del danno non patrimoniale anche alla persona giuridica – Sussistenza – Quantificazione del danno – criterio equitativo – Sussistenza

1. *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 cd. continenza, nel senso che l'informazione di stampa non deve trasmodare in argomenta 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. 22600/2013).*

2. *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. 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. 2661/2013 e n. 20608/2011).*

3. *La risarcibilità del danno non patrimoniale è pacificamente riconoscibile anche nei confronti della persona giuridica allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della predetta persona che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Carta Costituzionale.*

4. *Poiché rientra tra tali diritti all'immagine della persona giuridica, può essere risarcito anche il danno non*

patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica nel che si esprime la sua immagine, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione che parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica sovente interagisce.

5. *Per la quantificazione del danno si può, quindi, ricorrere anche a criteri equitativi quando sia stata dimostrata la diffusione della notizia nei mass media e, dunque, il conseguente clamore pubblico¹.*

¹ Nota redazione a cura di LUCA CARAVELLA - Avvocato.

La sentenza in esame ci offre lo spunto per esaminare la natura e le problematiche dei diritti di cronaca e di critica. Il diritto di cronaca consiste nel diritto a pubblicare tutto ciò che è collegato a fatti e avvenimenti di interesse pubblico o che accadono in pubblico, invece il diritto di critica non si concreta nella narrazione di fatti, ma "si esprime mediante un giudizio o un'opinione, che, come tale, non può essere rigorosamente obiettiva. Nondimeno non può ritenersi che la critica sia sempre vietata pur se idonea ad offendere la reputazione individuale, richiedendosi, invece, un bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione con quello alla libera manifestazione del pensiero". (Cass. civ., 13 giugno 2006, n. 13646). L'esercizio del diritto di cronaca e di critica rappresenta una fondamentale espressione del principio di libera manifestazione del pensiero che trova fondamento nell'artt. 21 Cost. e 10 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Tali diritti, in particolare il diritto di critica, è stato oggetto di una copiosa giurisprudenza sia di legittimità che di merito, non solo poiché integra un'ipotesi di applicazione di un principio sancito dalla Costituzione (libera manifestazione del pensiero), ma soprattutto per la rilevanza che assume quale possibile esimente di ipotesi illecite legate all'attività giornalistica (in tal senso da ultime Cass. civ., sez. III, 03.10.2013, n. 22600 e Trib. Bologna, sez. III, 06.12.2013). Difatti, se è vero che il diritto di essere informati, di sapere, di venire a conoscenza, deve ritenersi complementare al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, è altrettanto vero che tale diritto va sempre temperato col diritto alla reputazione ed alla riservatezza ovvero col diritto della persona a non vedere diffuse informazioni relative alla sua vita privata. Un siffatto equilibrio non è sempre facile da trovare difatti, se da un lato la giurisprudenza ha chiarito che non sussiste una generica prevalenza del diritto all'onore sul diritto di critica poiché ogni critica è potenzialmente lesiva della reputazione di una persona e dunque subordinare il diritto di critica al rispetto del diritto alla reputazione delle persone significherebbe limitare in maniera inaccettabile la libertà di manifestazione del proprio pensiero (Cass. civ., 22.03.2012, n. 4545, Cass. civ., 16.05.2008, n. 12408); dall'altro lato risulta altrettanto evidente che il mol-

tiplicarsi e l'evoluzione tecnologica dei mezzi di informazione ha aumentato in maniera esponenziale le possibilità di lesione della sfera individuale dei cittadini, al punto da tradire, a volte, il fine ultimo dell'informazione stessa. La Suprema Corte, con la sentenza n. 5259 del 18 ottobre 1984, ha provato a fornire un indirizzo al fine di poter individuare, caso per caso, il predetto equilibrio stabilendo "Perché la divulgazione a mezzo stampa di notizie lesive dell'onore possa considerarsi lecita espressione del diritto di cronaca, e non comporti responsabilità civile per violazione del diritto all'onore, devono ricorrere tre condizioni: 1) utilità sociale dell'informazione; 2) verità oggettiva, o anche soltanto putativa purché frutto di diligente lavoro di ricerca; 3) forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo da conseguire e sia improntata a leale chiarezza, evitando forme di offesa indiretta". Dunque gli Ermellini, seguiti poi dalla dottrina, hanno individuato tre condizioni che devono ricorrere affinché possa applicarsi la scriminante del diritto di cronaca che sono: a) la verità della notizia pubblicata; b) l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (cd. pertinenza); c) la correttezza formale dell'esposizione (cd. continenza) inteso nella sua duplice accezione, formale (avuto riguardo alla correttezza del linguaggio utilizzato ed alla forma civile espressiva) e sostanziale (con riferimento a criteri di essenzialità, misura e proporzionalità del linguaggio utilizzato rispetto alla notizia riportata).

Con la sentenza in esame, il Tribunale di Cassino si è conformato a tale indirizzo (oramai pacifico) indicato dagli Ermellini, soffermandosi soprattutto sul requisito della cd. "continenza". La vicenda processuale può essere così riassunta: con atto di citazione l'Università degli Studi del Molise (Unimol) ha citato in giudizio due case editrici con rispettivi Direttori e giornalisti al fine di essere risarcita per i danni subiti a seguito di due articoli diffamatori pubblicati sui due quotidiani di proprietà rispettivamente delle due case editrici. Si costituivano i convenuti proponendo eccezioni di carattere processuale ed eccependo altresì che l'articolo, apparso sui due quotidiani non potesse ritenersi diffamatorio rivendicando il diritto di critica. Ebbene il Giudice, premesso e confermato che per l'esimente del diritto di critica è necessaria la compresenza di tutti e tre i requisiti come sopra indicati, si è poi soffermato specificamente sul requisito 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'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." (Cass. civ., n. 2661/2013 e n. 20608/2011). In particolare la continenza formale è il requisito che attiene alle modalità di comunicazione della notizia. Questa deve riportare il fatto nei suoi elementi oggettivi così come appresi dalla fonte. Il giornalista non deve essere altro che un tramite tra la fonte e il lettore. Qualsiasi artificio adoperato dal giornalista che, eccedendo lo scopo informativo, condizioni la genuinità della notizia, viola il requisito della continenza formale. L'artificio può consistere nell'uso di un linguaggio colorito ed incauto, nel porre l'accento volutamente su un particolare aspetto del fatto, nell'adoperare termini tali da comunicare un messaggio sottinteso diverso, nell'accostare l'evento narrato ad altro evento in modo da attribuire al soggetto un fatto diverso e ulteriore rispetto a quello originario. Tutto questo può indubbiamente produrre un effetto lesivo. E in qualunque forma si manifesti, la violazione del requisito della continenza formale va a scapito della obiettività della notizia. Il limite della continenza rappresenta dunque la volontà di caratterizzare l'informa-

zione come obiettiva in una dimensione che non è solo quella della ricostruzione della notizia, ma anche quella delle modalità espositive di essa. Ed è proprio su quest'ultimo aspetto che rileva la Sentenza in commento dal momento che il Giudice ha stabilito che uno degli articoli incriminati, nonostante avesse ad oggetto fatti di pubblico interesse, "travalicò il limite della continenza per il voluto eccesso dei termini e della titolazione utilizzati al fine di ingenerare nel lettore il convincimento che l'Ateneo fosse amministrato con procedure illecite al fine di favorire particolari soggetti" (pagina n. 6 della sentenza). In poche parole il Tribunale di Cassino ha confermato che affinché vi possa essere un corretto esercizio del diritto di critica non basta l'interesse pubblico della notizia ovvero la verità e correttezza delle informazioni riportate, dal momento che, l'utilizzo di determinate parole, le modalità di esposizione od un particolare titolo, possono determinare il superamento del limite della "continenza" e di conseguenza lo sconfinamento della critica o della cronaca in diffamazione. Il Giudice dunque, nella decisione in esame, ha seguito la strada tracciata a suo tempo dalla Corte di cassazione penale la quale, con sentenza n. 6925 del 2001, ha deciso che il limite della continenza, entro il quale deve svolgersi un corretto esercizio del diritto di cronaca e di critica, è superato "quando le informazioni, pur vere, si risolvono – per il lessico impiegato, per l'uso strumentale delle medesime, per la sostanza e la forma dei giudizi che le accompagnano – in un attacco personale e gratuito al soggetto cui si riferiscono: quando cioè, al di là della offensività della notizia e della negativa sua valutazione (che sono scriminate se veritiere e di interesse sociale) si realizzi una lesione del bene tutelato, attraverso il modo stesso in cui la cronaca e la critica vengono attuate".

La sentenza del Tribunale di Cassino, oltre a confermare la cd. "continenza" quale limite al corretto esercizio del diritto di cronaca e di critica, offre altresì uno spunto interessante sotto altro profilo il quanto il Giudice, una volta accertata la diffamatorietà degli articoli contestati, ha condannato i convenuti a risarcire all'istante ateneo, il danno non patrimoniale all'immagine subito e quantificato in via equitativa. La risarcibilità del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*, intesa come ogni pregiudizio di natura non patrimoniale derivante da lesioni di valori inerenti alla persona protetti dalla Costituzione, è sempre stata prerogativa esclusiva delle persone fisiche. Ciò almeno fino alla storica sentenza della Suprema Corte n. 12929 del 2007 la quale, costituendo una vera e propria chiave di volta nel sistema risarcitorio dell'ordinamento italiano, ha ampliato la tutela riconosciuta dall'ordinamento alle persone giuridiche, producendo una sostanziale equiparazione con le persone fisiche per quanto riguarda il risarcimento dei danni non patrimoniali, con l'unica eccezione costituita dalla naturale esclusione del danno biologico per l'assenza del requisito della fisicità. In particolare gli Ermellini, in tale sentenza, hanno ravvisato nell'art. 2059 c.c. non già una mera occasione di incremento generalizzato delle poste di danno, bensì un mezzo per colmare le lacune nella tutela risarcitoria della persona, che ha ritenuto di dovere ricondurre al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale. E, in quest'ottica, la risarcibilità della lesione del diritto dell'ente collettivo ad esistere come soggetto è stata ammessa a prescindere dalla verifica di eventuali danni patrimoniali conseguenti. Tuttavia vi sono dei limiti all'equiparazione delle persone fisiche e giuridiche sotto il profilo risarcitorio, ad esempio le persone giuridiche non possono subire un danno biologico, allora ci si chiede quale danno non patrimoniale può subire un Ente o un'associazione o una società? La risposta è stata trovata nel c.d. diritto all'immagine. Tale soluzione è stata ripresa negli ultimi anni da diverse corti di merito ed in particolare si ricordi "I pregiudizi non strettamente materiali che conseguono alla lesione della reputazione e/o dell'immagine commerciale costituiscono voci di danno non patrimoniale che come tale può essere percepito e sofferto anche da una persona

Trib. Cassino, 25 marzo 2014
Giud. Rel. Sordi

(*Omissis*)

Motivi della decisione

Con atto di citazione del 24.06.2010 regolarmente notificato l'Università degli Studi del Molise (Unimol) ha convenuto in giudizio l'A.M.E. spa (editrice del settimanale P.) il sig. M.G. (suo direttore) il sig. A.C. (suo giornalista), la E.C.O. s.r.l. (Editrice del quotidiano N.M.O.) il senatore G. C. (suo editore di fatto) il sig. P.G. (direttore di detta E.), il sig. P. Di B. (direttore del quotidiano) per chiedere la loro condanna in solido al risarcimento dei danni cagionati da articoli diffamatori pubblicati sul quotidiano il 25 ed il 27.03.10, nonché il 16 ed il 17.04.10, sul settimanale il 22.04.10 in esecuzione di una denunciata campagna denigratoria, nonché la loro condanna al pagamento di una riparazione a termini dell'art. 12 della l. n. 47/1948 ed alla pubblicazione della sentenza.

Intervenuti in giudizio il prof. C.G. (Magnifico Rettore Unimol), il dr. B.V. (dirigente Unimol), la dr.ssa De B. M.T. (moglie di quest'ultimo, impiegata), il sig. B.G. (fratello, impiegato), hanno formulato analoghe istanze risarcitorie nei confronti degli stessi convenuti e per i medesimi articoli ritenuti diffamatori.

giuridica, quando alla stessa derivi una compromissione nella capacità di concorrenza sul mercato. La misura del pregiudizio non può che essere calcolata in funzione del riflesso sul senso della dignità professionale dei soggetti passivi che – organicamente – compongono la persona giuridica” (Trib. Torino, sez. IV, 20 febbraio 2012) “È configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nei confronti della persona giuridica allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della predetta persona che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Carta costituzionale. Rientrano tra tali diritti l'immagine della persona giuridica, con la conseguenza che potrà essere risarcito anche il danno non patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica nel che si esprime la sua immagine...(*omissis*)...sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica sovente interagisca.” (App. Firenze, sez. lav., 02.02.2012). Ebbene il Tribunale di Cassino ha fatto propri i principi stabiliti nelle citate sentenze così statuendo: “La risarcibilità del danno non patrimoniale è pacificamente riconoscibile anche nei confronti della persona giuridica allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della predetta persona che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Carta Costituzionale. Poiché rientra tra tali diritti all'immagine della persona giuridica, può essere risarcito anche il danno non patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica nel che si esprime la sua immagine, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione che parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica sovente interagisca”. (p. 7 della sentenza).

Costituitisi in giudizio, l'A.M.E. spa, il direttore dr. M.G. ed il giornalista sig. A.C. hanno tutti negato che l'articolo apparso sul numero di “P.” potesse esser ritenuto diffamatorio e, dunque, chiesto il rigetto delle avverse domande.

Il direttore P. Di B. ed il sen. G.C. hanno preliminarmente eccepito l'incompetenza per territorio di questo Tribunale, il secondo l'insindacabilità delle opinioni espresse a termini dell'art 68 Cost.; entrambi, nel merito, hanno rivendicato il diritto di critica rilevando altresì che nell'articolo comparso sul numero del 17.04.10 di “N.M.O.” ci si era limitati a riportare le dichiarazioni di un docente dell'Ateneo.

Il direttore della testata sig. P.G. è rimasto contumace, così come la Curatela del fallimento della E.C.O. s.r.l. nei cui confronti pure il giudizio era stato riassunto. 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 ha affermato che le espressioni utilizzate negli articoli del quotidiano N. M.O., per quanto attribuibili all'on. C., sono da ritenersi coperte dall'immunità spettantegli quale parlamentare.

All'udienza del 15.11.2013 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. e dichiarata improcedibile la domanda per come rivolta dalle parti attrici nei confronti della E.C.O. 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. 25403709; 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 sana; a) l'interesse al racconto, ravvisabile quando non si tratti di interesse della generalità dei cittadini, ma di quella 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 cd. continenza, nel senso che l'informazione di stampa non deve trasmodare in *argumenta ad nomine* ne 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. 22600/2013).

“In tema di azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa, il diritto di cronaca soggiace al 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. 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 soli, a fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi (Cass. n. 2661/2013; n. 20608/2011).

Ebbene, dalla lettura dei diversi articoli apparsi sul quotidiano N.M.O., se risulta che gli stessi fecero riferimento a fatti di oggettivo interesse pubblico con corredo di espressioni costituenti manifestazione del diritto di critica, a volte limitandosi a riportare diffusamente e fedelmente il testo dell'intervento di uno dei professori in servizio presso l'Unimol (quello del 25.03.2010, pertanto non censurabile) non può tuttavia non rilevarsi come quello del 17.04.2010 obiettivamente travalicò il limite della continenza per il voluto eccesso dei termini e della titolazione utilizzati al fine di ingenerare nel lettore il convincimento che l'Ateneo fosse amministrato con procedure illecite al fine di favorire particolari soggetti: “Cattedre regalate e contratti facili all'Unimol ... Pensate, negli elenchi dell'Unimol, consultabili con facilità, è possibile trovare di tutto: magistrati, funzionari dello Stato, esponenti delle forze dell'ordine, politici, imprenditori, professionisti e (potevano mancare ?) parenti”.

Non è un caso, dunque, che lo stesso quotidiano, nel numero dell'08.05.2010 ritenne doveroso, in terza pagina, pubblicare la rettifica del Rettore con la quale si replicava e chiariva (come oggi risultante dal corredo documentale prodotto in atti) che alcuna cattedra era stata “regalata” bensì assegnata a seguito di concorso pubblico affidato a Commissari della stessa materia, le docenze a contratto erano state del pari assegnate, come in qualsivoglia altro Ateneo in base alle richieste dei singoli professori e previa elaborazione di una graduatoria elaborata dai Consigli di Facoltà con minimo esborso per i relativi compensi, dunque nell'ottica di garantire all'Istituzione elevati risparmi di spesa, il dr. V.B. non aveva goduto di alcun favoritismo essendo stato assunto a seguito di concorso nel lontano 1988 e poi avendo raggiunto il grado dirigenziale nell'anno 2006 a seguito di procedura selettiva, egli non avendo potuto decidere l'erogazione di finanziamenti dei fon-

di di ricerca in quanto nella disponibilità degli organi rappresentativi dei Dipartimenti composti da professori, che mai l'Ateneo aveva stipulato alcun contratto assicurativo con compagnie delle quali era titolare il di lui fratello G.B., né quest'ultimo aveva mai partecipato a gare per simili servizi (v. attestazione dell'Area economico finanziaria dell'Unimol del 22.04.2010 e quello dell'Area Approvvigionamenti Unimol del 22.4.2010).

Per tale articolo, dunque, la danneggiata Unimol merita risarcimento del danno per come detto recato alla sua immagine: non essendo stato fatto alcun nome degli intervenuti nel medesimo articolo, per esso non v'è ragione di estendere a costoro il ristoro.

La condanna non può attingere il sen. C. stante il motivato ragionamento effettuato dalla Camera di sua appartenenza per ritenere la insindacabilità delle espressioni a termini dell'art. 68 Cost. e 3 della l n. 140/2003. La risarcibilità del danno non patrimoniale è pacificamente riconoscibile anche nei confronti della persona giuridica allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della predetta persona che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Carta costituzionale.

Poiché rientra tra tali diritti l'immagine della persona giuridica, può essere risarcito anche il danno non patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica nel che si esprime la sua immagine, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica sovente interagisca.

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

In difetto di allegazioni di più gravi conseguenze, tenuto conto, da un lato, dell'ambito territoriale di diffusione del quotidiano, dall'altro delle note a chiarimento successivamente pubblicate sullo stesso quotidiano (quindi della possibilità per i suoi stessi lettori di recuperare l'effettivo senso della vertenza) stimasi equo liquidare il suddetto danno in € 4.000,00 che, dunque, dovrà esserle risarcito all'Unimol, ai sensi degli art. 2043 e 2047 c.c. nonché dall'art. 11 della l n. 47/1948 dal direttore responsabile della E.C.O. s.r.l. sig. P.G. e dal direttore responsabile del giornale sig. P. Di B. in solido fra loro.

Fuor di dubbio diffamatorio, perché ancor più esplicito nel trattare con tali toni lo stesso argomento, l'articolo apparso sul settimanale “P” il 22.04.10 a firma del giornalista sig. A.C.: “... E come il nobile di

Niccolò Machiavelli il rettore in questi quindici anni non ha sbagliato una mossa. Ha occupato tutte le posizioni decisive dell'ateneo e ci ha messo persone di sua fiducia. Uomini, donne, in alcuni casi famiglie, assunti e trasformati in pretoriani che oggi registrano tutto dentro gli uffici dell'ateneo. Anche C., come il principe, ha il suo bravo consigliere, si chiama V.B., faceva il benzinaio in provincia di Benevento ed è diventato un *top manager* dell'Università del Molise: direttore amministrativo vicario. La storia di quest'uomo è ancora più straordinaria di quella del rettore al quale si è legato strettamente. B. appende al chiodo la pompa di benzina sul finire degli anni ottanta quando viene assunto come impiegato di quinto livello all'università: poco più di un usciere. In breve tempo diventa uomo di fiducia del rettore e fa carriera. Riesce a laurearsi in economia e commercio alla velocità della luce mentre è segretario di dipartimento alla facoltà di scienze economiche e sociali. Nell'esercizio del suo ruolo da funzionario gestisce i soldi del Dipartimento e assegna i fondi di ricerca ai professori. Gli stessi davanti ai quali si presenta per sostenere gli esami. Una volta laureato e sistemato, B. sistema anche la propria famiglia. Assume la moglie, il fratello della moglie, la moglie del fratello della moglie e così via fino ai cugini. Per i parenti che sono già a posto con il lavoro, B. trova comunque il modo di essere utili: per anni, quasi tutti i contratti di assicurazione dell'Università del Molise sono stati stipulati con un'agenzia in Provincia di Benevento, la U. di G.B., il fratello. Trasformato l'ateneo molisano in un fortino inespugnabile, il magnifico C. si è poi dedicato alla protezione delle mura esterne. E qui entrano in gioco i 300 docenti a contratto che il rettore ha distribuito fra i vari corsi di laurea: procuratori, giudici, politici, giornalisti, rappresentanti delle forze dell'ordine. Nulla di illegale, ben inteso, e non si tratta neppure di stipendi scandalosi. Quello che interessa evidenziare è la grande abilità del rettore a stringere relazioni e ad assicurarsi le simpatie di esponenti della vita sociale e politica locale ...".

La rivista non ritenne di dover pubblicare la rettifica del Rettore di cui sopra si è detto e che, invece, venne pubblicata dal quotidiano "N.M.O.": nella stessa si era altresì precisato che il dr. B. non si era affatto laureato nell'anno 2001, alla velocità della luce, in quanto immatricolatosi nell'anno 1989; che egli non aveva affatto assunto la moglie (sposata il 21.06.1990) la sig.ra De B.M.T. entrata nell'ateneo a seguito di concorso pubblico il 30.12.1988 ed avendola conosciuta giusto nell'ambiente dell'ufficio; il di lui cugino O.C., poi, era stato trasferito in Unimol provenendo dall'Università di Cassino ov'era stato assunto nel lontano 1992; che egli era stato semplice operatore di V livello dal 1988 al 1996 e collaboratore di VII livello fino al 2000.

Anche qui, dunque, balza all'evidenza l'affermazione esplicita. più che l'insinuazione, di una gestione del

tutto clientelare, contraria alla legge, delle assunzioni, del conferimento degli incarichi di docenza, della individuazione di appaltatori di servizi da parte dell'Ateneo, sicché devono ritenersi soggetti ingiustamente lesi (stante quanto, come sopra già riportato, replicato e documentato dall'Unimol per smentire tali accuse) oltre all'Ente, i citati dr. C., dr. B.V., dr.ssa De B.M.T. ed il sig. B.G.

Validi gli stessi criteri circostanziali di stima del danno di cui si è detto, tenuto però conto della diffusione in ambito nazionale della testata, si reputa equo quantificare il danno patito da ciascuno di detti soggetti lesi in € 6.000,00 che, pertanto, l'A.M. s.p.a., il dr. G.M. ed il giornalista sig. C.A. sono in solido fra loro condannati a risarcire a ciascuno di essi; il solo sig. C.A. può e deve esser condannato altresì alla riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 della l. n. 47 del 1948 che, sempre per ciascuno dei soggetti lesi, si stima nel pari importo di € 6.000,00.

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 DMG n. 140/2012.

Spese di lite compensate fra esse e gli altri convenuti stante le ragioni meramente procedurali o di oggettiva difficoltà di interpretazione giuridica che hanno determinato il mancato accoglimento delle domande.

P.Q.M.

(Omissis)

Diritto e procedura penale

OMESSO VERSAMENTO DI IMPOSTE E CRISI DI LIQUIDITÀ DELL'IMPRENDITORE	84
di Luigi Cuomo	
LA SENTENZA DRASSICH E LE SUE IMPLICAZIONI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE PROBLEMATICHE CONCERNENTI IL REATO PERMANENTE	90
di Rossella Catena	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	103
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	122
a cura di Alessandro Jazzetti e Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	125
a cura di Alessandro Jazzetti e Giuseppina Marotta	



Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità dell'imprenditore

sommario

Premessa. - **1.** Le principali fattispecie incriminatrici. - **2.** La rilevanza della crisi d'impresa. - **3.** Conclusioni.

Premessa

Nell'attuale congiuntura economica, segnata da una profonda recessione, si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza intorno al tema del rapporto tra crisi d'impresa e reati fiscali.

Le delicate questioni analizzate dagli operatori del diritto, nelle diverse prospettive, tentano di fornire un'adeguata risposta al quesito se l'omesso versamento dei tributi da parte dell'imprenditore in difficoltà finanziaria sia una scelta sempre penalmente punibile o possa invece essere considerata una condotta inesigibile o assolutamente necessitata, che incide sull'elemento soggettivo del reato¹.

La crisi finanziaria su scala globale e la conseguente impossibilità per un numero crescente di imprenditori di adempiere ai propri obblighi tributari, mai presentatesi in passato in proporzioni così diffuse, impongono una riflessione sulla possibilità di ritenere non integrato l'elemento psicologico dei reati astrattamente configurabili.

Tale situazione, che negli ultimi anni sta connotando in senso negativo l'andamento dei mercati finanziari, ha ormai investito quasi tutti i settori produttivi e molti imprenditori si ritrovano a dover fronteggiare le scadenze previste dalla legislazione tributaria, ponendosi di fronte alla difficile scelta di non poter versare le imposte o di impiegare le esigue risorse finanziarie a disposizione per soddisfare altri creditori per garantire quantomeno la continuità del ciclo produttivo o addirittura la sopravvivenza dell'impresa.

Ad alimentare la discussione contribuiscono alcune considerazioni di carattere più generale: il ritorno alla

criminalizzazione di condotte collegate al momento del versamento delle imposte piuttosto che alle condotte formali e prodromiche all'evasione, che avevano ispirato la riforma dei reati tributari approvata con il d.lgs. n. 74 del 2000, sembrerebbe stridere sul piano della politica criminale con le esigenze dell'impresa nell'attuale momento storico contrassegnato da un ciclo congiunturale sfavorevole.

Ovviamente, per approfondire la complessa tematica è necessario partire da una breve disamina delle principali fattispecie incriminatrici.

1. Le principali fattispecie incriminatrici

La situazione di colui che non versa le imposte si risolve, di regola, in una condotta cosciente e volontaria che si articola, in modo progressivo, nell'omesso accantonamento delle somme trattenute o riscosse e, successivamente, nel mancato pagamento di quanto dovuto all'Erario.

L'inadempimento del debito di imposta integra in prevalenza i reati di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000) o di omesso versamento di IVA (art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000).

Le norme richiamate sanzionano le ipotesi di mancato versamento di un'imposta correttamente dichiarata o certificata attraverso due fattispecie penali caratterizzate, innanzitutto, dall'aver uno stesso bene giuridico protetto, consistente nell'interesse dell'Erario alla tempestiva ed efficace riscossione di un tributo già accertato a seguito della corretta autodichiarazione del contribuente².

Nella materia riguardante l'omesso versamento delle ritenute certificate, l'imprenditore assume la posizione di sostituto d'imposta, in base alla quale il Fisco, in luogo della riscossione del tributo direttamente dal percettore del reddito, incassa quanto dovuto dal sostituto che eroga gli emolumenti ai dipendenti, il quale ha l'obbligo di prelevare una percentuale (cd. ritenuta alla fonte) sulle somme dovute al sostituto.

L'istituto ha la sua ragione nell'esigenza pratica di colpire la ricchezza oggetto di tassazione nel momento

¹ L. TROYER e A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: "tout comprendre c'est tout pardonner"*, in *Riv. dott. comm.*, fasc. 2013, 4, p. 962 ss.; S. CALTABIANO, *La condizione di illiquidità dell'impresa in crisi può prevalere sull'interesse dello Stato al contrasto dell'evasione fiscale?*, in *Riv. pen.*, 2012, 12, p. 1262 ss.; M. GIONNI, *Qualche riflessione sull'omesso versamento IVA*, in *Riv. pen.*, 2011, 4, p. 385 ss.

² G.L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA*, in *www.penale contemporaneo.it*.

della produzione prima che giunga nella disponibilità del destinatario.

Il meccanismo della sostituzione tributaria previsto dal legislatore consiste nel fatto che il datore di lavoro, quale debitore di una somma costituente reddito per il percettore (il sostituto), deve prelevare una percentuale di essa versandola all'Erario³.

Ogni qualvolta il sostituto d'imposta effettua tali erogazioni, insorge a suo carico l'obbligo di accantonare le somme dovute all'Erario, per cui le risorse economiche devono essere opportunamente organizzate in modo da poter adempiere l'obbligazione tributaria.

Nel reato di omesso versamento di IVA, invece, il soggetto attivo è assoggettato a sanzione penale per il mancato pagamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo⁴.

In particolare, decorso il periodo annuale di riferimento, il contribuente deve presentare una dichiarazione nella quale procede ad un riepilogo delle operazioni attive e degli acquisti registrati nell'anno, nonché delle liquidazioni e dei versamenti periodici effettuati.

In base a questi elementi viene determinato il tributo che, eventualmente, deve essere versato a conguaglio e che è dato dalla differenza tra l'ammontare dell'imposta dovuta sulla base della dichiarazione annuale e l'ammontare complessivo delle somme versate nel corso dell'anno nelle liquidazioni mensili (o trimestrali).

Il delitto può essere commesso soltanto dai soggetti IVA in relazione all'omesso versamento dell'imposta che risulti dalla dichiarazione annuale e, pertanto, è evidente che si tratta di un reato proprio, il cui bene giuridico può essere leso solo da persone fisiche o dal legale rappresentante di persone giuridiche⁵.

³ E. PROFITI, *Omesso versamento di ritenute certificate: la "nuova" disciplina del reato di sostituto d'imposta ex art. 10-bis del d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Rass. tribut.*, 2006, 4, p. 1219 ss.; A. LANZI e P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Cedam, 2011, p. 310 ss.; A. ROSSI, *Omesso versamento IVA ed indebita compensazione: artt. 10-ter e 10-quater del d.lgs. n. 74/2000 ex d.l. n. 223/2006*, in *Fisco*, 2006, 1, p. 4879 ss.

⁴ Affinché possa configurarsi la fattispecie criminosa è necessario che l'imposta determinata in sede di dichiarazione non sia versata all'Erario e che la condotta omissiva si protragga oltre il termine di versamento dell'acconto relativo al periodo di competenza, che è fissato nel 27 dicembre dell'anno successivo. Ed è questa la somma il cui mancato versamento, nella misura fissata dalla soglia di punibilità, determina la ricorrenza del delitto in esame: il tutto con riferimento ad un debito IVA che deve risultare dalla stessa dichiarazione del contribuente, non essendo integrata la condotta sanzionata qualora dalla dichiarazione non risulti alcun debito (G. SOANA, *I reati tributari*, Giuffrè, 2013, p. 318 ss.).

⁵ Il reato previsto dall'art. 10-ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, presuppone che il debito IVA risulti dalla dichiarazione del contribuente e, pertanto, la fattispecie non è integrata qualora nella stessa dichiarazione sia esposto un credito tributario (Cass. pen., sez. III, sentenza del 19 settembre 2012, dep. 15 ottobre 2012, n. 40361, F., Rv. 253680). In dottrina v. A. TRAVERSI, *Costituisce*

I reati di omesso versamento di ritenute certificate e di IVA sono punibili a titolo di dolo generico, essendo richiesta la mera consapevolezza della condotta omissiva⁶.

2. La rilevanza della crisi d'impresa

La rigida formulazione normativa, che non richiede per l'integrazione della condotta il fine di evadere le imposte, sembra lasciare all'interprete margini interpretativi alquanto ridotti in ordine alla possibilità di distinguere la condizione di colui che omette il versamento con il proposito di non adempiere l'obbligazione tributaria, da quella di chi invece vi è costretto da una perdurante mancanza di risorse finanziarie.

Nonostante ai fini della configurazione del reato sia sufficiente il dolo generico, ossia la sola coscienza e volontà di omettere il versamento dell'IVA o delle ritenute certificate, che non sembrerebbe anettere alcuna rilevanza ai motivi che hanno indotto il soggetto passivo di imposta a violare la legge, la giurisprudenza di merito ha talora evidenziato la rigidità del sistema normativo, che sconta il limite di non aver considerato come causa di esclusione dell'antigiuridicità l'ipotesi in cui l'omesso versamento del tributo derivi da un'assoluta indisponibilità di risorse finanziarie.

Si tratta di un orientamento che ha trovato favorevole seguito in alcune decisioni dei giudici di primo grado, che hanno valorizzato la particolare condizione in cui si trova l'operatore economico, che è certamente consapevole della pendenza del debito tributario (per cui esiste la "coscienza" e la "volontà" dell'omesso versamento), mentre si pone in dubbio la "volontarietà" dell'omissione che non è la conseguenza di una "libera scelta", ma è determinata da circostanze esterne che determinano la necessaria violazione del precetto penale (quasi una forma di "costringimento inevitabile" o di "stato di necessità")⁷.

In queste ipotesi, la carenza di liquidità sopravvenuta sarebbe idonea a escludere la volontà di non adempiere in quanto l'inadempimento dell'obbligo di accantonamento e di organizzazione delle risorse finanziarie rappresenterebbe una violazione di una condotta idonea a fondare un rimprovero per colpa che non può portare ad una affermazione di penale responsabilità per un reato doloso⁸.

reato soltanto l'omesso versamento dell'IVA risultante dalla dichiarazione annuale, in *Corr. trib.*, 2012, 48, p. 3729 ss.

⁶ Cass. pen., sez. III, sentenza del 26 maggio 2010, dep. 7 luglio 2010, n. 25875, Olivieri, Rv. 248151.

⁷ F. BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1832 ss.; *ex multis*, Ufficio Indagini preliminari Firenze, 27 luglio 2012, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 4, 978: il dolo richiesto dall'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000 deve escludersi quando, a causa della crisi di liquidità in cui l'imputato si sia trovato, anche in conseguenza di condotte inadempienti di soggetti terzi, non si possa rinvenire la volontarietà della condotta omissiva.

⁸ F. ROMOLI, *Omesso versamento di IVA e crisi di liquidità*, in *www.archiviopenale.it*.

Per queste omissioni potrebbe configurarsi il dolo solo in presenza di una illiquidità preordinata in cui il soggetto precostituisca volontariamente la situazione di impossibilità, così manifestando l'intenzione di evadere le imposte fin dal momento della dispersione delle somme necessarie per il futuro versamento del tributo.

Su tali questioni una parte della dottrina ha sostenuto che «la crisi acuta di liquidità escluderebbe quantomeno il dolo dell'omesso versamento integrando una sorta di causa di impossibilità relativa da valutarsi in relazione a quanto umanamente esigibile dal soggetto nel caso concreto»⁹.

Tale impostazione, senz'altro motivata da un'insopprimibile esigenza di ricondurre la previsione legislativa a «canoni di ragionevolezza», specie in una fase economica in cui si registra un inasprimento della pressione fiscale e una contrazione dell'accesso al credito, presta il fianco a dubbi di compatibilità con un dato normativo letterale («chiunque non versa è punito»), che sembra non lasciare alcuno spazio a margini di interpretazione sul carattere generico del dolo richiesto ai fini della punibilità.

Secondo un indirizzo maggiormente rigoroso, invece, le difficoltà finanziarie non possono valere ad escludere la punibilità, perché l'imposta è stata in sostanza incassata e deve essere riversata al Fisco, non essendone consentita l'appropriazione o, comunque, la destinazione all'adempimento di obbligazioni diverse da quelle verso l'Erario¹⁰.

Nessuna crisi di liquidità, infatti, potrebbe giustificare l'omesso versamento dell'imposta, posto che il soggetto passivo deve solo versare l'IVA già ricevuta dal cessionario o dal committente e, inoltre, il mancato pagamento non può mai derivare da una oggettiva impossibilità ad adempiere, ma da uno storno o da una utilizzazione delle somme per assecondare altri fini¹¹.

Il buon contribuente non deve disporre dell'Iva incassata come se si trattasse di risorse proprie, ma deve limitarsi ad accantonarla per poi versarla all'Erario: se così non fa, risponde del mancato versamento, senza poter invocare a propria scusante lo stato di

insolvenza che ha contribuito colposamente a provocare¹².

A questo punto occorre verificare se possa rilevarsi la «forza maggiore» espressamente contemplata dall'art. 6 del d.lgs. n. 472 del 1997 in tema di principi generali sulle sanzioni amministrative per le violazioni tributarie ovvero lo «stato di necessità» previsto dall'art. 45 c.p.

Illiquidità dell'impresa in virtù della quale non è possibile far fronte agli obblighi tributari potrebbe discendere, infatti, da circostanze imprevedibili e inevitabili e, quindi, potrebbe in taluni casi escludere il dolo richiesto dalle norme tributarie, potendo configurarsi quale vera e propria forza maggiore.

La forza maggiore, intesa tradizionalmente come «forza esterna della natura che determina, in modo irresistibile, il soggetto a tenere un comportamento attivo o omissivo», non pare perfettamente aderente al caso in esame¹³.

Ed infatti, pare difficile ipotizzare che la situazione di illiquidità dell'imprenditore rappresenti una forza esterna che elimini ogni potere di scelta o di controllo sullo svolgimento della condotta pretesa dal legislatore, specie qualora il soggetto di imposta, pur in difficoltà finanziarie, dopo aver incassato l'IVA, decida di pagare dipendenti e fornitori a discapito del Fisco¹⁴.

L'attività di impresa necessita di una corretta gestione delle risorse anche, se non in primo luogo, per adempiere alle obbligazioni fiscali: non si può, infatti, ammettere che l'imprenditore non subisca le conseguenze, anche penali, delle proprie scelte nella allocazione delle risorse finanziarie.

Non può, in altri termini, essere consentito che l'imprenditore, quantunque in difficoltà economiche, si finanzia a spese del Fisco, cioè della comunità dei contribuenti, generando tra l'altro rilevanti effetti distorsivi sulla concorrenza.

L'imprenditore tenuto al versamento dell'IVA è un soggetto passivo percosso ma non inciso dal tributo, posto che viene dalla legge incaricato di espletare una serie di incombenze che si risolvono nella riscossione e nel successivo versamento all'Erario dell'imposta sul

⁹ M. SETTEMBRE, *Guai in vista per i sostituti che omettono il versamento di ritenute certificate*, in *Fisco*, 2005, p. 1172 ss.; A. D'AVIRRO e M. GIGLIOLI, *I reati tributari*, Ipsoa, p. 252 ss.

¹⁰ G. BELLAGAMBA e G. CARITI, *Il sistema delle sanzioni tributarie*, Giuffrè, 2011, p. 194 ss.; il reato previsto dall'art. 10-ter d.lgs 10 marzo 2000, n. 74, consiste nel mancato versamento all'erario delle somme dovute sulla base della dichiarazione annuale che, tranne i casi di applicabilità del regime di «IVA per cassa», è ordinariamente svincolato dalla effettiva riscossione delle somme-corrispettivo relative alle prestazioni effettuate (Cass. pen., sez. III, sentenza del 6 marzo 2013, dep. 3 maggio 2013, n. 19099, D.V., Rv. 255327); A. IORIO e S. MECCA, *Legittimo il sequestro per omesso versamento IVA anche senza incasso dell'imposta*, in *Corr. trib.*, 2013, 24, p. 1923 ss.

¹¹ F.T. COALOA, *Omesso versamento Iva e illiquidità*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 3, p. 41 ss.

¹² A. VALSECCHI, *Le Sezioni Unite chiamate a decidere dell'applicabilità del delitto di omesso versamento delle ritenute certificate alle omissioni relative all'anno 2004*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹³ In argomento v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2001, p. 374 ss.; A. GIOVANNINI, *Impossibilità di pagare le imposte nelle imprese in crisi: la forza maggiore esclude la pena?*, in *Corr. trib.*, 2012, 42, p. 3257 ss.

¹⁴ Secondo la giurisprudenza di legittimità, «le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente non sono riconducibili al concetto di forza maggiore la quale, postulando l'individuazione di un fatto imponderabile, impreveduto ed imprevedibile, esula del tutto dalla condotta dell'agente, sì da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento, non potendo ricollegarsi in alcun modo ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente» (Cass. pen., sez. I, sentenza del 5 aprile 2013, dep. 24 aprile 2013, n. 18402, G., Rv. 255880; in senso conforme sez. III, sentenza del 4 dicembre 2007, dep. 29 gennaio 2008, n. 4529, C., Rv. 238986).

valore aggiunto che il bene o il servizio viene ad acquisire nella propria vita economica prima di giungere al consumatore finale, senza che possano rilevare destinazioni o utilizzi diversi¹⁵.

È stata, in via del tutto residuale, ipotizzata anche la configurabilità della scriminata dello «stato di necessità» tramite un'interpretazione estensiva del «danno grave» (tale da ricomprendervi il licenziamento e, dunque, il possibile stato di indigenza dei lavoratori dipendenti, qualora il versamento dell'IVA determini di fatto il fallimento dell'impresa già in crisi finanziaria) o del «concetto di persona» (che abbraccerebbe anche la «persona giuridica» in relazione alla quale il «danno grave» sarebbe ancora una volta il dissesto economico)¹⁶.

La scriminante in esame consente di formulare un giudizio soggettivo di non rimproverabilità dell'agente per aver agito in circostanze tali da non potersi pretendere un comportamento diverso che, in concreto, si rivela capace di alterare il normale processo di formazione motivazionale, per cui il contribuente agisce in presenza di una situazione talmente coercitiva da far perdere alla norma tributaria la sua efficacia precettiva e da rendere impossibile il rispetto della condotta doverosa.

Un delicato problema ermeneutico si pone con riferimento alla locuzione «danno grave alla persona», che costituisce un limite normativo alla categoria dei beni suscettibili di essere tutelati da condotte necessitate.

Non è mancato chi ha optato per una interpretazione restrittiva di tale espressione, intendendosi per danno alla persona solo il pregiudizio alla vita o all'integrità fisica: il riferimento è alla gravità del danno, che sembra indirizzare verso il riconoscimento soltanto di fatti offensivi di interessi personalissimi e, pertanto, gravi per la persona e, secondariamente, sulla volontà del legislatore, esplicitata nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, ove ci si riferisce espressamente al «bene sommo dell'integrità fisica, propria o altrui»¹⁷.

In materia la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, con l'espressione «danno grave alla persona», usata nella formulazione dell'art. 54 c.p., il legislatore ha inteso riferirsi ai soli beni morali e materiali che costituiscono l'essenza stessa dell'essere umano, come la vita, l'integrità fisica (intesa anche come diritto alla salute), la libertà morale e sessuale, il nome, l'onore, ma non anche quei beni che, pur costituzionalizzati, contribuiscono al completamento ed allo sviluppo

della persona umana: ne consegue che, pur dovendosi affermare che il diritto al lavoro è costituzionalmente garantito e che il lavoro contribuisce alla formazione ed allo sviluppo della persona umana, deve escludersi, tuttavia, che la sua perdita costituisca sotto il profilo dell'art. 54 c.p. un danno grave alla persona¹⁸.

Maggiore fondatezza non sembra avere nemmeno la categoria della «inesigibilità» essendo pressoché indifferente il motivo dell'omesso versamento; e la ragione di tale posizione risiede nella considerazione che la «provvista» di cui il trasgressore dispone o dovrebbe disporre antecedentemente all'illecito fa sì che le sopravvenute difficoltà finanziarie non consentono di escludere la rimproverabilità della condotta omissiva: il soggetto obbligato non può scegliere di omettere il versamento dell'IVA già incassata, distraendo per il perseguimento di altri scopi una disponibilità finanziaria con vincolo di destinazione privilegiato e penalmente presidiato.

La categoria dell'inesigibilità assurge a rilevanza penalistica attraverso la teorizzazione del fatto che tanto il dolo quanto la colpa sono sempre esclusi allorché il soggetto agente si sia trovato nell'impossibilità di tenere un comportamento conforme al precetto penale per essersi trovato in condizioni tali da non potersi umanamente pretendere una condotta diversa da quella in concreto tenuta.

L'inesigibilità, dunque, si annovera tra le cause di esclusione della colpevolezza in grado di escludere la punibilità per l'impossibilità di muovere un rimprovero al soggetto agente che si trova di fronte a un conflitto di doveri, senza però escludere l'antigiuridicità del fatto¹⁹.

Per escludere l'antigiuridicità della condotta, invece, occorrerebbe la dimostrazione di una effettiva situazione di «inesigibilità», nel senso che il contribuente non ha versato il tributo non perché non ha voluto (dolo diretto) o perché ha accettato il rischio della impossibilità di versarlo (dolo eventuale), ma perché davvero non ha potuto provvedere per cause indipendenti dalla sua volontà²⁰.

¹⁵ Tribunale di Milano, 9 novembre 2010, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁶ M. MEOLI, *Omessi versamenti di ritenute certificate e mancanza di liquidità*, in *Il Fisco*, 2013, p. 189 ss.

¹⁷ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1982, p. 212 ss.; U. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, 1970, p. 75.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, sentenza dell'8 gennaio 2014, dep., 4 aprile 2014, n. 15416, inedita: «nessuna valenza può essere attribuita alla circostanza che il mancato pagamento dei creditori diversi dall'Erario sarebbe stato necessario per scongiurare il fallimento della società. E ciò sia perché il fallimento avrebbe ben potuto essere richiesto dallo stesso Erario proprio in relazione ai crediti tributari, sia perché la semplice necessità di scongiurare il fallimento non è sufficiente ad integrare l'ipotesi di forza maggiore»; Cass. pen., sez. I, sentenza del 23 gennaio 1997, dep. 10 maggio 1997, n. 4323, Rv. 207434; T. PADOVANI, *Necessaria un'oggettiva situazione di pericolo per giustificare lo stato di necessità*, in *Guida al diritto*, 1997, 20, p. 61; T. PADOVANI, *Perdita del posto di lavoro e stato di necessità*, in *Massimario giur. lavoro*, 1997, Fasc. 4, p. 665.

¹⁹ I. SALVEMME, *Un insolito effetto della crisi. Il recupero dell'inesigibilità nei reati di omesso versamento di IVA*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2014, p. 670.

²⁰ P. MOLINO, *La crisi aziendale non sempre esclude il reato di*

La possibilità di attribuire efficacia esimente alle omissioni imputabili a crisi di liquidità non ha trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità che, evidentemente, per non pregiudicare il flusso delle entrate tributarie e per ampliare la base imponibile, ha escluso la rilevanza del difetto dell'elemento psicologico²¹.

Per la Suprema Corte qualsiasi lettura della norma in senso favorevole al soggetto obbligato deve misurarsi con l'obiezione che il debito verso il fisco relativo ai versamenti IVA è collegato al compimento di operazioni imponibili: ogni qualvolta il soggetto d'imposta effettua tali operazioni riscuote già (dall'acquirente del bene o del servizio) l'IVA dovuta e deve, quindi, tenerla accantonata per l'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere l'obbligazione tributaria²².

Il legislatore, nel decidere di sanzionare anche l'omesso versamento di un'imposta correttamente dichiarata o certificata dal contribuente, ha scelto di tutelare non già qualsiasi tributo ma solo quelli dovuti a titolo di IVA o da parte del sostituto di imposta che ha, effettivamente, operato la ritenuta come dimostrato dalla certificazione già emessa.

I motivi di questa scelta derivano dalla natura di queste imposte e, in particolare, dal sistema che determina il sorgere dell'obbligazione tributaria di versamento in capo al contribuente al compimento delle operazioni imponibili o dell'erogazione degli emolumenti.

Il contribuente, una volta che ha trattenuto le somme dal sostituto o che ha ricevuto dal percettore del bene o del servizio – oltre al prezzo della prestazione – quanto dovuto a titolo di IVA, non è libero di disporre di queste somme che sono vincolate al loro versamento, nei termini fissati, in favore dell'Erario e che, inoltre, devono essere accantonate in previsione di questo futuro ed imminente pagamento.

In tale ambito, allora, non può esservi spazio per una soluzione liberatoria perché una crisi di liquidità, anche grave, possa giustificare l'omesso versamento escludendo il dolo da parte del contribuente, essendo evidente che questa dolosa omissione ha la sua origine

in una consapevole ed originaria illecita decisione del soggetto attivo del reato di destinare le somme (che ha ricevuto da terzi) verso una direzione diversa da quella dovuta.

Già in materia di omesso versamento delle ritenute previdenziali, era stata esclusa la rilevanza della carenza di liquidità per la destinazione delle risorse finanziarie disponibili a far fronte a debiti ritenuti più urgenti²³.

Dal punto di vista applicativo, la crisi di liquidità e l'impossibilità di adempiere l'obbligazione tributaria sono comunque sottoposte ad un regime probatorio alquanto rigoroso, che impone al soggetto passivo di imposta l'onere di dimostrare che la difficoltà economica non sia a lui imputabile e, inoltre, di aver posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a recuperare la necessaria provvista per provvedere all'adempimento²⁴; siffatta valutazione è particolarmente rigorosa ed investe l'idoneità di tutte le possibili azioni riparatrici da effettuarsi in concreto, tenendo conto degli strumenti effettivamente a disposizione del contribuente e delle specifiche modalità con le quali la condizione di crisi economica si è manifestata.

Innanzitutto, nella dinamica processuale, grava sul contribuente l'onere di difendersi provando, nel senso di dimostrare sia che il versamento dell'imposta evasa è riferibile all'ammontare di talune fatture che non gli sono state pagate, sia che egli non aveva altre risorse a disposizione per adempiere agli obblighi fiscali, nonostante la tempestiva attivazione per procurarsele.

Questa impostazione è coerente con il principio secondo il quale nell'ordinamento processuale penale, non è previsto un onere probatorio a carico dell'imputato, modellato sui principi propri del processo civile, ma è, al contrario, prospettabile un "onere di allegazione", in virtù del quale l'interessato è tenuto a fornire all'autorità giudiziaria le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di fatti e circostanze ignoti che siano idonei, ove riscontrati, a volgere il giudizio in suo favore, fra i quali possono annoverarsi le cause di giustificazione, il caso fortuito, la forza maggiore, il costringimento fisico e l'errore di fatto²⁵.

omesso versamento IVA, in *Corr. trib.*, 2013, 41, p. 3268, ss.

²¹ Non esclude il reato di omesso versamento di IVA nemmeno la presentazione di una proposta di concordato preventivo e la sua approvazione di omologazione da parte del tribunale (Cass. pen., sez. III, sentenza del 24 aprile 2013, dep. 23 settembre 2013, n. 39101, M., Rv. 257285).

²² Cass. pen., sez. III, sentenza del 6 novembre 2013, dep. 21 gennaio 2014, n. 2614, S., inedita. Nella materia affine dell'omesso versamento di ritenute certificate, è stato affermato che «l'insolvenza successiva non scrimina, dovendo il sostituto di imposta ripartire le proprie risorse in modo da poter sempre adempiere l'obbligo tributario» (Cass. pen., sez. III, sentenza del 27 novembre 2013, dep. 23 gennaio 2014, n. 3124, in *D&G*, 2014, 24 gennaio); in senso conforme Cass. pen., sez. III, sentenza del 12 marzo 2014, dep., 11 aprile 2014, n. 16028, inedita.

²³ Cass. pen., sez. III, sentenza del 19 gennaio 2011, dep. 30 marzo 2011, n. 13100, Biglia, Rv. 249917.

²⁴ Cass. pen., sez. III, sentenza del 5 dicembre 2013, dep., 4 febbraio 2014, n. 5467, Mercurtello, inedita.

²⁵ Cass. pen., sez. II, sentenza del 7 febbraio 2013, dep. 10 maggio 2013, n. 20171, Weng Rv. 255916; in materia di scriminanti è stato ribadito che "le cause di giustificazione non ineriscono alla struttura del reato, configurandosi come elementi estrinseci per la cui operatività occorre la prova piena e rigorosa. Ne deriva che, quando tale prova non emerge dagli atti, spetta a colui che allega la scriminante di dimostrarne la sussistenza con l'indicazione degli elementi sui quali si fonda la richiesta; tale onere di allegazione è posto nel suo stesso interesse, dato che, senza le sue opportune indicazioni, il giudice non può indirizzare e svolgere l'indagine diretta all'accertamento dell'esimente" (Cass. pen., sez. I, sentenza del 27 maggio 1987, dep. 20 agosto 1987, n. 9210 Scardamaglia, Rv. 176581).

L'indisponibilità di risorse finanziarie per adempiere gli obblighi tributari potrebbe ad esempio rilevare ove sia imputabile al sistematico inadempimento di terzi o della stessa amministrazione finanziaria, come nel caso dei crediti vantati dalle imprese nei confronti dello Stato o di altri enti pubblici, la cui inadempienza si sia protratta indefinitamente nel tempo.

In prospettiva di sintesi, per soddisfare l'onere di allegazione occorre, comunque, dimostrare che la crisi economica non possa essere altrimenti fronteggiabile con misure alternative come ad esempio il ricorso al credito bancario²⁶, atteso che l'insufficienza di mezzi finanziari non esonera il contribuente dal dovere di accantonare una somma sufficiente a far fronte all'obbligo di versamento²⁷.

L'elemento soggettivo richiesto per l'integrazione della fattispecie incriminatrice potrebbe essere escluso solo se l'impresa dimostri di aver fatto tutto il possibile per recuperare le risorse economiche necessarie ai propri obblighi tributari, ricorrendo ad esempio al credito bancario o al factoring, ovvero eseguendo i pagamenti dovuti subito dopo aver incassato le somme di cui era creditrice²⁸.

In senso del tutto analogo, per l'omesso versamento delle ritenute certificate, è stato espressamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità che la situazione di difficoltà finanziaria dell'imprenditore non costituisce causa di forza maggiore in grado di escludere l'antigiuridicità della condotta²⁹.

3. Conclusioni

La complessità della materia e la delicatezza degli interessi coinvolti si colgono nell'orientamento dei giudici di merito che, a torto o a ragione, hanno tentato di offrire una "risposta riequilibratrice" rispetto ad una legislazione fiscale talvolta avvertita, nel difficile quadro economico-finanziario, dagli operatori commerciali come eccessivamente iniqua ed oppressiva.

In questo contesto è necessario trovare un giusto punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: quella di natura pubblicistica, che pone l'Erario nella posizione privilegiata di creditore dei tributi al cui versamento è tenuto il soggetto passivo d'imposta per il funzionamento dell'apparato statale e quella degna di altrettanta tutela di preservare la presenza sul mercato dell'imprenditore che, in casi straordinari, non deve

essere sanzionato se l'omesso versamento si riveli eccezionalmente come necessitato.

Sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che, per l'impatto del fenomeno sull'economia e la gravità degli effetti sulla vita delle imprese, preveda opportuni temperamenti posto che, in mancanza di deroghe espresse, pare oltremodo difficile, per l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza di legittimità, che le difficoltà finanziarie possano quantomeno automaticamente escludere l'elemento soggettivo del reato.

²⁶ Cass. pen., sez. III, sentenza del 25 febbraio 2014, dep. 20 marzo 2014, n. 13019, Allegrini, inedita.

²⁷ Cass. pen., sez. III, sentenza del 27 novembre 2013, dep. 23 gennaio 2014, n. 3123, Truzzi, inedita.

²⁸ F. PONTIERI e V. CARDONE, *L'incidenza dell'illiquidità dell'impresa sui reati di cui agli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74/2000*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 2, p. 19 ss.; G. D. TOMA, *Il delitto di omesso versamento di Iva: gli orientamenti della dottrina e l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Il Fisco*, 2012, p. 4612 ss.

²⁹ Cass. pen., sez. III, sentenza del 12 giugno 2013, dep. 13 settembre 2013, n. 37528, Corliano, Rv. 257683.

La sentenza Drassich e le sue implicazioni, con particolare riferimento alle problematiche concernenti il reato permanente

Di recente, a seguito della sentenza della Corte EDU, II sezione, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, si è assistito ad un animato dibattito avente ad oggetto i limiti individuabili circa il potere del giudice di dare al fatto una qualificazione diversa rispetto a quanto enunciato nell'originaria imputazione.

La vicenda Drassich, estremamente complessa nelle sue scansioni processuali e cronologiche, non può essere compiutamente esaminata in questa sede, ove ci si propone solo di verificarne alcuni specifici riflessi, con particolare riferimento ad una vicenda sottoposta all'esame della Corte di Appello di Napoli in materia di associazione a delinquere di stampo camorristico.

In ogni caso occorre ricordare che a seguito della pronuncia della citata sentenza CEDU può dirsi divenuto *ius receptum* l'indirizzo interpretativo secondo cui il giudice può modificare la qualificazione giuridica formulata dalla pubblica accusa nell'imputazione solo se la difesa sia stata messa nella effettiva condizione di poter interloquire sul punto.

Vale la pena, solo per un accenno alle numerose e complesse questioni coinvolte, ricordare quanto affermato dalla Corte EDU: *“Il diritto ad essere informato comprende anche la qualificazione giuridica dei fatti contestati. La Corte europea espone in tutta la loro evidenza i problemi di compatibilità tra i modi di esercizio del potere di mutare la qualificazione giuridica di un fatto previsto dall'art. 521 c.p.p. e le garanzie del processo equo.*

Il ricorrente, già magistrato, era stato condannato in primo e secondo grado per fatti qualificati come corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); in sede di ricorso per cassazione, aveva eccepito l'intervenuta prescrizione dei reati. La Corte di Cassazione aveva rigettato il ricorso, riqualificando i fatti come corruzione in atti giudiziari ai sensi dell'art. 319 ter c.p., rilevando così che (stante la pena edittale più elevata nel massimo) il termine prescrizione non era ancora decorso e rendendo dunque definitiva la condanna a carico del ricorrente.

Questi aveva adito la Corte europea lamentando la violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 lett. a) e b) CEDU, in quanto i fatti riqualificati non gli erano mai stati contestati ed egli non aveva dunque avuto modo di esercitare la propria difesa con riferimento a tali fatti.

Il governo italiano aveva chiesto il rigetto del ricorso osservando che l'ascrivibilità della dazione di denaro

era già nell'imputazione iscritta nell'ambito di attività giudiziaria e che, dunque, non vi era stata, da parte della Corte di cassazione, alcun mutamento dei fatti oggetto di imputazione ma, semplicemente, un mutamento della qualificazione giuridica dei fatti; tale mutamento era pienamente legittimo ai sensi dell'art. 521 c.p.p., in quanto non aveva importato alcun aggravamento della pena inflitta all'imputato.

Tali argomenti non sono stati condivisi dalla Corte europea, che richiamando la propria giurisprudenza sul punto ha ricordato che l'art. 6 § 3 lett. a) CEDU, nel riconoscere all'accusato il diritto di essere informato dell'accusa non si riferisce solo ai fatti materiali ma anche (ed in dettaglio) alla qualificazione giuridica data a tali fatti.

Tale norma non prescrive alcun requisito di forma relativamente al modo in cui l'accusato deve essere informato: pretendere esclusivamente che, alla luce del diritto di disporre del tempo necessario per preparare la difesa, l'imputato abbia comunque avuto modo di esercitare la propria difesa sul punto in modo concreto ed effettivo anche in merito alla qualificazione giuridica del fatto. Nel caso in esame, né le corti di merito, né alcuna delle parti del procedimento avanti la Corte di cassazione avevano mai fatto riferimento alcuno alla necessità di riqualificare i fatti ascritti al ricorrente.

Ciò premesso, la Corte europea ha osservato che non le spetta di giudicare del fondamento di eventuali mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto indicare se gli fosse stata data la possibilità di argomentare con riferimento alla diversa qualificazione giuridica del fatto ritenuta dalla Corte di cassazione; si è limitata ad osservare come fosse 'plausibile' che tali mezzi avrebbero potuto essere diversi da quelli effettivamente impiegati con riguardo all'accusa originariamente formulata.

Ha pertanto concluso, all'unanimità, per la violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. a) e b), CEDU. Relativamente all'applicazione dell'art. 41 CEDU, rilevato che il ricorrente non aveva avanzato alcuna richiesta di equa soddisfazione, la Corte ha osservato come 'in linea di principio' la riapertura del processo costituirebbe un mezzo appropriato per riparare la violazione riscontrata.”

La Corte europea ha, quindi, ribadito quanto già in precedenza affermato in altre pronunce¹, disatten-

¹ Grande Camera, 25 marzo 1999, Pélissier e Sassi c. Francia, § 51; 1 marzo 2001, Dallos c. Ungheria, § 47; 20 settembre 2001,

dendo la prospettazione del governo resistente che, come nel precedente caso confluito nella sentenza I.H. c. Austria, 20 aprile 2006, aveva sostenuto che, in base al principio *iura novi curia*, il giudice non può dirsi vincolato alla qualificazione giuridica del reato ipotizzata dall'accusa, ma solo alla prospettazione dei fatti. La Corte europea, al contrario, ha ribadito che l'informazione sull'oggetto del processo comprende anche le possibili conseguenze sanzionatorie della fattispecie addebitata e, dunque, anche la qualificazione giuridica del reato, con la conseguenza che ogni modifica di essa qualificazione deve essere sottoposta al contraddittorio delle parti, avendo l'imputato diritto a disporre di un tempo sufficiente per preparare la propria difesa.

La Corte di Cassazione, a seguito ed in applicazione di detta sentenza si è più volte pronunciata sul profilo della corrispondenza tra contestazione e sentenza, ribadendo, in sostanza, la necessità che l'imputato, in una qualsivoglia fase processuale, abbia cognizione e conoscenza del mutamento dell'imputazione e disponga della possibilità di articolare le opportune difese.

Ad esempio, è stato affermato che *“Ai fini della valutazione della corrispondenza tra pronuncia e contestazione di cui all'art. 521 c.p.p. deve tenersi conto non solo del fatto descritto in imputazione, ma anche di tutte le ulteriori risultanze probatorie portate a conoscenza dell'imputato e che hanno formato oggetto di sostanziale contestazione, sicché questi abbia avuto modo di esercitare le sue difese sull'intero materiale probatorio posto a fondamento della decisione”*².

Detto orientamento è conforme nella giurisprudenza della Suprema Corte e segue il principio enunciato dalle Sezioni unite con la sentenza n. 36551 del 15 luglio 2010, con cui era stato affermato che *“in tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione”*.

In ordine alla possibilità concreta di esercitare il diritto di difesa bisogna però ricordare che nella giurisprudenza della Cassazione si è delineato un contrasto in ordine alla legittimità di operare una riqualificazione del fatto direttamente in sentenza rispetto alla

garanzia dell'imputato di interloquire e far valere concretamente il diritto al contraddittorio.

Secondo un primo orientamento il diritto dell'imputato viene garantito tutte le volte in cui sussista la possibilità di instaurare il contraddittorio attraverso l'impugnazione, quindi in un successivo grado di giudizio, ivi incluso quello di legittimità.

In tal senso si è pronunciata la II sezione con la sentenza del 9 maggio 2012, n. 32840 che ha affermato come la riqualificazione del fatto operata dal giudice di appello direttamente in sentenza, quindi senza che l'imputato abbia potuto interloquire nel corso del giudizio di secondo grado, non involga alcun profilo di nullità della sentenza, potendo l'imputato attivare il suo diritto al contraddittorio nel giudizio di legittimità. Analogamente la sezione III, con la sentenza n. 2341 del 7 novembre 2012, ha affermato il principio secondo cui l'osservanza del diritto al contraddittorio in relazione alla natura ed alla qualificazione giuridica dei fatti, sancito dall'art. 111, comma 3, Costituzione e dall'art. 6, commi 1 e 3, lett. a) e b), CEDU, come interpretato dalla sentenza Drassich c. Italia, è assicurata anche quando il giudice di primo grado provveda alla riqualificazione dei fatti direttamente in sentenza, senza preventiva interlocuzione sul punto, in quanto l'imputato può comunque pienamente esercitare il diritto di difesa proponendo impugnazione. Si è ritenuto infine che la garanzia del contraddittorio in relazione alla diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice sarebbe garantita persino allorquando l'imputato abbia avuto modo di interloquire sul tema anche solo incidentalmente, ossia allorquando la diversa qualificazione giuridica abbia costituito l'oggetto di discussione in sede di procedimento incidentale *de libertate*³ Cassazione penale, sezione I sentenza n. 9091 del 28 ottobre 2010).

Secondo altro orientamento, invece, sarebbe affetta da nullità la sentenza di appello con cui sia stato diversamente qualificato il fatto in contestazione senza che l'imputato abbia avuto preventivamente modo di interloquire sul punto.

In relazione alla possibilità di ritenere sufficiente la correlazione tra accusa e sentenza a seguito della prospettazione della diversa qualificazione giuridica nella fase del giudizio cautelare, come affermato dalla sentenza della I sezione della Cassazione, n. 9091 del 18 febbraio 2010, non si possono che condividere le perplessità di chi ha osservato come ciò si pone in contrasto con quanto stabilito dalle Sezioni unite della stessa Corte di Cassazione con la sentenza del 19 giugno 1996, n. 161, laddove si è osservato che la norma di cui all'art. 521 c.p.p. è sicuramente espressione di un potere generale del giudice che va ben al di là del dibattimento, rispondendo all'esigenza di applicare correttamente la legge, ma che tuttavia non può non

Lakatos c. Ungheria.

² Cass. Pen., sez. VI, sentenza del 22 gennaio 2013, n. 5890.

³ Cassazione, sez. V, sentenza del 28 ottobre 2011, n. 6487.

tenersi conto dei limiti proprio del carattere incidentale dei procedimenti *de libertate*, ontologicamente correlati alla fase delle indagini preliminari, in cui il giudice non si trova in presenza di un'imputazione, bensì di una richiesta contenente addebiti provvisori e sommari, come tali suscettibili di modifica, con la conseguenza che la correlazione della qualificazione giuridica e la sua modificazione non può andare al di là del procedimento cautelare, anche considerato che solo il giudice del dibattimento è titolare del potere di correggere in maniera vincolante la definizione normativa del fatto. Nel corso del procedimento incidentale *de libertate*, infatti, ciò che rileva soprattutto sono gli elementi fattuali da cui emergono i presupposti applicativi della misura cautelare, ed il tema normativo di riferimento rappresenta solo uno dei parametri alla cui stregua valutare la sussistenza dei primi. Dal che deriva che controvertere della qualificazione giuridica del fatto nel procedimento cautelare non può costituire un'occasione di effettivo contraddittorio⁴.

In realtà sembra di poter osservare che, nel tentativo di conformarsi al principio enunciato dalla sentenza CEDU, in alcuni casi si sia fatto ricorso a soluzioni più che altro solo formalmente rispettose del principio medesimo, consentendo, attraverso una dilatazione eccessiva dei limiti del contraddittorio, una sostanziale vanificazione dei principi del giusto processo. Ed infatti se non appare condivisibile per le ragioni descritte la possibilità di poter far valere la diversa qualificazione del fatto operata nel corso del giudizio incidentale *de libertate*, neanche appare soddisfacente la soluzione secondo cui sarebbe possibile far valere la diversa qualificazione operata all'esito del giudizio di appello sol perché l'imputato potrebbe difendersi nel giudizio di legittimità. Ciò, infatti, da un lato renderebbe necessitato il ricorso in Cassazione, limitando la facoltà di scelta dell'imputato che magari, ad altri fini, quale, ad esempio quello connesso alla liberazione anticipata, potrebbe avere interesse ad una più rapida irrevocabilità della sentenza; dall'altro lato detta tendenza interpretativa manifesta un convincimento fondato sulla ontologica differenza tra il fatto ed il diritto.

Ed infatti, nonostante l'affermazione delle Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 16 del 19 giugno 1996, che fatto e diritto sono sempre distinguibili, va detto che seppure non può che concordarsi circa la condivisibilità di detta affermazione sotto il profilo strettamente ontologico, essa andrebbe tuttavia rimeditata considerato che la sentenza e, parallelamente, la formulazione dell'imputazione, costituiscono la risultante di una valutazione che determina una profonda correlazione tra l'accertamento del fatto e la individuazione della norma da applicare, con la conseguenza che sia nello svolgimento logico di detta

valutazione da parte del giudice, o del pubblico ministero, sia nelle conseguenze sulla decisione e, quindi, nei confronti dell'imputato e del suo diritto di difesa, detta profonda correlazione e compenetrazione non è affatto priva di effetti giuridicamente rilevanti, che costituiscono la risultante delle due, asseritamente sempre distinguibili, componenti.

Basti pensare che sicuramente, a seguito di una nuova qualificazione giuridica, cambi certamente, se non il *thema decidendum*, sicuramente il *thema probandum*⁵, il che determina in concreto la possibilità che vengano a configgere tra loro l'esigenza di speditezza dell'attività processuale nel suo complesso, da un lato, con il diritto di difesa, dall'altro.

La possibilità riconosciuta all'imputato di far valere le garanzie fondamentali a tutela dei suoi diritti, delineato dal codice di rito agli artt. 516, 517 e 518, comma 2, c.p.p., con la individuazione della scansione procedimentale di cui agli artt. 519 e 520 c.p.p., tutela sicuramente le esigenze della Difesa, e ad essa si contrappone la norma di cui all'art. 521 c.p.p. che, al primo comma, evidentemente mira alla tutela dell'esigenza di speditezza delle attività processuali e, ai commi 2 e 3, costituisce norma di chiusura rispetto alla esigenza di tutela dei diritti dell'imputato, che esigono la necessità, a fronte di modifiche rilevanti circa l'imputazione, di articolare adeguatamente la difesa sotto tutti i possibili profili ed implicazioni.

Tuttavia la lettura delle norme indicate consente di rilevare che l'obbligo per il giudice di trasmettere gli atti al pubblico ministero con ordinanza sussiste solo allorché il fatto risulta diverso da quello indicato nella originaria imputazione ovvero in quella effettuata, nel corso del dibattimento, a seguito di contestazione di circostanze aggravanti o di reato connesso, ai sensi dell'art. 517 c.p.p., ovvero di fatto nuovo ai sensi dell'art. 518, comma e, c.p.p., essendo stabilita, a pena di nullità della sentenza, la violazione delle disposizioni regolanti le nuove contestazioni.

Esula dalla necessità di seguire la predetta scansione procedimentale, evidentemente, la possibilità per il giudice di dare in sentenza una diversa qualificazione normativa del fatto, a meno che la diversa qualificazione non determini un mutamento della competenza. E, come visto in precedenza, la possibilità di mutare la qualificazione giuridica del fatto si ritiene legittima anche in un diverso grado di giudizio, ossia da parte del giudice di appello ed all'esito del giudizio medesimo.

Evidentemente ciò manifesta il convincimento e l'opzione normativa a favore della differenza tra fatto storico e qualificazione giuridica, avendo optato il legislatore per una tutela delle garanzie della difesa e del principio del contraddittorio solo in relazione alla

⁴ MARILENA SCULCO, "Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive", in *Cass. Pen.*, n. 2, 2011, p. 633.

⁵ CAIANIELLO, "La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo"; DI MATTEO, "Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato".

prima componente, avendo ritenuto, in relazione alla seconda, applicabile il principio *iura novit curia*, rispetto al quale non si ravvisa l'esigenza di adottare un analogo meccanismo di garanzie difensive e di tutela del contraddittorio.

In realtà il legislatore si era posto il problema di adottare differenti soluzioni normative; dalla "Relazione al Progetto Preliminare al Codice di Procedura Penale", infatti, risulta che il legislatore aveva preso in esame la possibilità di sottoporre alla disciplina prevista per la contestazione del fatto diverso anche il caso di diversa qualificazione giuridica del fatto, oppure, in alternativa, di prevedere l'obbligo per il giudice, in questa seconda ipotesi, di dare atto alle parti, prima di procedere alla modifica del titolo di reato, della propria volontà di operare in tal senso. Come si evince dalla medesima Relazione, si era ritenuto che dette opzioni avrebbero determinato un appesantimento ed un dispendio delle attività processuali, per evitare le quali il giudice avrebbe avuto, verosimilmente, la tendenza a conformarsi comunque alla qualificazione adottata dal pubblico ministero con la contestazione.

Ciò dimostra come, al di là di delle diverse opinioni di parte della dottrina⁶, la normativa attualmente in vigore risponda non tanto ad un assioma incontestabile, ma ad una scelta del legislatore basata su considerazioni in cui emerge la necessità di dare rilievo e tutela anche ad altre e diverse esigenze, nel caso di specie a quella di speditezza delle attività processuali, con la conseguente implementazione del principio *iura novit curia*.

Alla luce dell'evoluzione normativa ed interpretativa forse vale la pena di sottolineare che sarebbe attualmente auspicabile una verifica volta ad approfondire il significato sotteso alla locuzione di diversa qualificazione giuridica del fatto, apparendo palese come spesso, nella giurisprudenza anche di merito, l'incondizionata tendenza all'applicazione del principio *iura novit curia* che, come visto, era stato invocato anche innanzi alla Corte EDU, possa dare luogo a conseguenze non condivisibili e, in alcuni casi, possa concretizzarsi in una applicazione distorta del principio medesimo.

Uno degli aspetti che sembra interessante mettere in risalto in questa sede – anche a prescindere dell'adesione all'uno o all'altro degli orientamenti di legittimità delineatisi a seguito della sentenza CEDU citata – concerne, quindi, l'individuazione concreta del concetto di qualificazione del fatto in relazione alla necessità di garantire il contraddittorio e la possibilità che ciò, in casi specifici diversi, possa diversamente atteggiarsi; profilo strettamente connesso appare, poi, quello relativo alla verifica della possibilità effettiva di esercitare il diritto al contraddittorio in tutte le implicazioni che da esso derivano, ivi inclusa la possibilità di

optare per i riti alternativi, essendo evidente che detta opzione dipende, in concreto, dalla fase processuale in cui intervenga il mutamento della qualificazione giuridica del fatto, con altrettanto concreta possibilità, quindi, che si verifichi una compressione del diritto di difesa sotto l'indicato profilo della possibilità di accedere ai riti alternativi.

Sicuramente non vi è spazio alcuno, in questa sede, per considerazioni e soluzioni generali, in quanto solo l'analisi di singole vicende può consentire la verifica concreta di una corretta e rimeditata applicazione dei principi, proprio alla luce del principio affermato dalla Corte Europea, che ha sancito il diritto dell'imputato di interloquire sulla modifica della qualificazione giuridica del fatto, negando che tale diritto sussistesse solo in relazione alle modificazioni dei fatti materiali oggetto della imputazione e della sentenza, ciò in base ad una interpretazione chiarificatrice dell'art. 6, par. 3, lett. a) e b) CEDU.

In un caso concreto sottoposto alla Corte di Appello di Napoli, ad esempio, in relazione ad un'imputazione per delitto associativo *ex art. 416-bis, c.p.*, il giudice di primo grado aveva ritenuto che, una volta fissata dal pubblico ministero, in sede di esercizio dell'azione penale, la cessazione della permanenza della condotta associativa genericamente fino al 2005 – ossia senza indicazione di data più specifica e certa quanto al giorno ed al mese – a tale vaghezza potesse supplire la parte pubblica in sede di discussione finale, indicando quale *dies ad quem* la data del 31 dicembre 2005, in cui sarebbe cessata la condotta associativa.

La conseguenza immediata e più palpabile di detta specificazione consisteva nell'applicabilità a tutti gli imputati del trattamento sanzionatorio più rigoroso introdotto con la novella di cui alla legge 5.12.2005 n. 251, trattandosi, secondo l'interpretazione del giudice di primo grado, non già di fatto nuovo, ma di un fatto diverso, che comporta solo la necessità di concedere termine a difesa, peraltro neppure richiesto dai difensori in quella fase.

Ovviamente dal ritenere legittimo un tale comportamento processuale deriverebbe, in generale, la possibilità di applicare anche la più severa disciplina sanzionatoria di cui al d.l. 23.5.2008, n. 92, convertito in legge 24.7.2008, n. 125, a tutte le condotte associative inizialmente contestate genericamente, con l'esercizio dell'azione penale, con la dicitura "fino al 2008" oppure "nel corso del 2008", consentendo al pubblico ministero, all'esito del dibattimento di primo grado o all'esito della conclusione dell'udienza preliminare in sede di rito abbreviato, la possibilità di specificare l'epoca di cessazione della condotta associativa al 31 dicembre 2008, con conseguente immediata applicazione all'imputato di un più sfavorevole regime sanzionatorio.

Appare quindi legittimo porsi il quesito se, in tale caso, si possa inquadrare la vicenda secondo lo sche-

⁶ RAFARCI, "Le nuove contestazioni nel processo penale", Giuffrè, 1996; Illuminati "Giudizio" in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Cedam, 1990.

ma della diversa qualificazione giuridica del fatto, con tutte le conseguenze che da ciò derivano, anche nei termini descritti, alla luce della sentenza CEDU Drasich c. Italia, oppure debba ritenersi che ci si trovi in presenza di un fatto nuovo, con le diverse conseguenze che detta opzione determina.

La Corte di Appello ha optato per la seconda soluzione, ritenendo, in tal caso che il fatto non fosse “diverso”, ma “nuovo”, così motivando: *“La contestazione elevata dal P.M. (certamente chiusa da un termine, sia pur dilatato a valle) fonda sulle acquisizioni documentali e narrative proprie della fase d’indagine. Esercitata l’azione penale, circa la metà degli imputati scelse di definire il giudizio con rito abbreviato. Ebbene, in quel procedimento stralciato e definito allo stato degli atti, il giudice di primo grado ritenne chiusa la contestazione in epoca (non specificata) ma antecedente alla entrata in vigore della l. 251/2005, anche perché la prova documentale (lista degli “stipendi” rinvenuta il 13.12.2004 presso l’abitazione di Schiavone Vincenzo) arrestava la sua efficacia dimostrativa ben prima dell’avvento della novella. Sul punto il P.M. propose impugnazione e la Corte di Appello (p. 69 della motivazione della sentenza emessa dalla I sezione penale di questa stessa Corte di Appello, in data 21 giugno 2011), su espressa richiesta del P.G., condivise e fece propria l’argomentazione del primo giudice. La sentenza è divenuta irrevocabile nello specifico. Può dunque ritenersi incontrovertibile che, sulla base del materiale indiziario raccolto prima dell’apertura del dibattimento, la contestazione non abbracciava l’intero anno 2005.*

Ciò posto, in assenza di diversi elementi naturalistici cui ancorare una differente data di cessazione della permanenza, ritiene la Corte che tale data debba coincidere, in ragione del principio del favor rei, con il primo giorno dell’anno 2005.

Evidentemente, ed il Tribunale diffusamente argomenta in proposito quando tratta degli elementi di prova raccolti nel contraddittorio nei confronti di ciascun imputato, rispetto ad un giudizio celebrato allo stato degli atti, il dibattimento ha offerto elementi nuovi di conoscenza circa la data di cessazione della permanenza della condotta associativa e, su questa base, il P.M. ha “precisato”, nel corso delle conclusioni rassegnate in primo grado, i confini cronologici della contestazione (a tutto il 2005).

Ad avviso della Corte, viceversa, la “nuova” e “diversa” morfologia della evidenza emersa nel corso della istruttoria dibattimentale, avrebbe dovuto imporre una ulteriore specifica contestazione, anche al fine di consentire alla difesa di esercitare, in ordine al fatto nuovo e diverso emerso dal dibattimento, tutte le facoltà riconosciute dall’ordinamento processuale (non esclusa l’opzione di definire il processo allo stato degli atti). Sul punto, Cass. sez. III, n. 29701 del 14 maggio 2008, rv. 240750, in tema di reato permanente, quando l’ipotesi di incolpazione sia formulata a “contestazione chiusa”, ovvero con l’indicazione della data iniziale e finale dell’attività delittuosa

contestata, il protrarsi dell’offesa al di là dei limiti temporali fissati impone un’ulteriore specifica incolpazione, perché costituisce fatto diverso rispetto a quello oggetto di imputazione. Prec. Conf. n. 2410 del 1995, Carminati, rv. 202080, n. 47864 del 2003 rv. 227077).

Non si condivide, pertanto, la logica assunta dal Tribunale, che peraltro ritiene inoffensiva la “precisione” della data di cessazione della permanenza, avendo i difensori – nel corso del dibattimento – potuto contraddire in condizioni di parità sull’oggetto “diverso” della istruttoria.

Il punto non è questo, o meglio, non è solo questo. Soccorre, nello specifico, la motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 237 del 2012 (in Cass. Pen. 2013, gennaio, n. 5), che ha espunto dall’ordinamento processuale l’art. 517 c.p.p., per contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso della istruttoria dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione. Giacché l’esigenza di correttezza tra riduzione della pena e deflazione processuale non può prevalere sul principio di uguaglianza, né tantomeno sul diritto di difesa; atteso, altresì, che la decisione di valersi del giudizio abbreviato costituisce una delle scelte più delicate attraverso le quali si esplicano le facoltà difensionali, allorché alla accusa originaria ne venga aggiunta un’altra, sia pure connessa, talché debbono esser restituiti all’imputato termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni processuali. Si è efficacemente annotato che con tale decisione la Corte ha voluto enucleare un “indice di sistema” in tema di modifica dell’impianto accusatorio, laddove ha affermato che quando muta in itinere il tema d’accusa, l’imputato deve poter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire (Cass. pen. 2013, marzo, n. 232, p. 988).

La conseguenza processuale della omessa rituale contestazione del fatto nuovo e diverso emerso dalla istruttoria dibattimentale è la nullità del giudizio (art. 522 co. 1 e 2 c.p.p.) in relazione a quel segmento di condotta ulteriore (successivo al primo gennaio 2005) non coperto dalla originaria contestazione, per la mancata correlazione tra imputazione contestata e sentenza (art. 521 c.p.p.). Conseguentemente, a norma del comma 2 dell’art. 521 c.p.p., la trasmissione degli atti al P.M. in sede per l’ulteriore corso (partecipazione associativa al clan del casalesi per il periodo successivo al primo gennaio 2005) nei confronti degli imputati, come da dispositivo. Il giudice di appello, infatti, deve osservare il principio della correlazione tra accusa e sentenza sancito dall’art. 521 c.p.p., atteso che l’art. 598 c.p.p. sancisce l’estensione al giudizio di appello delle norme applicabili al giudizio di primo grado. A differenza del giudice di primo grado, però, il giudice di appello non può limitarsi a disporre la trasmissione degli atti al P.M. in quanto in tal modo, non avendo il primo giudice rilevato il vizio di correlazione, la decisione del primo giudice diverrebbe irrevocabile, determinando una

preclusione processuale, che priverebbe di effetti la trasmissione degli atti al P.M. affinché proceda per un fatto diverso. D'altra parte, che in tal caso la sentenza di primo grado debba essere rimossa, si evince anche dalla lettura congiunta degli artt. 521, comma 2, 522, 604 c.p.p., in base ai quali, in presenza di una condanna pronunciata per un fatto diverso o dell'applicazione di una circostanza aggravante ad effetto speciale rispetto alla quale non sia stato formulato alcun giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti, o senza che siano state osservate le disposizioni di cui agli artt. 517 e 518 c.p.p., il giudice di appello pronuncia, rispettivamente, sentenza con la quale annulla quella del primo giudice, ed ordinanza con la quale dispone trasmettersi gli atti al P.M. La sentenza, ancorché impugnata sia il solo imputato, non viola il divieto di refomatio in pejus, atteso che il giudice di appello si limita a constatare che la regiudicanda è diversa da quella dedotta in accusa, colmando una lacuna del primo giudice, e pertanto esula dai suoi poteri di cognizione, ed emette perciò una sentenza squisitamente processuale in cui non decide il merito in relazione al fatto, né come originariamente contestato, né come diversamente accertato; tale decisione, ovviamente, sarà soggetta a ricorso in Cassazione, ai sensi degli artt. 111 della Costituzione e 586 c.p.p., comma 2, c.p.p. (cfr. Cass., I sezione penale, sentenza n. 18509 del 17 marzo 2010).

Sul punto va ricordato che la S.C. ha stabilito che va annullata senza rinvio, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero procedente, la sentenza di primo e secondo grado nel caso in cui il giudice d'appello, rilevata la diversità del fatto accertato rispetto a quello contestato, non abbia annullato la sentenza di primo grado ed ordinato la trasmissione degli atti al pubblico ministero con sentenza, ma si sia limitato ad assolvere l'imputato dal reato ascrittogli come contestato ed ordinato la trasmissione degli atti al P.M. per il prosieguo (cfr., Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 18135 del 9 febbraio 2010), spiegando che in tal caso la Corte di Appello non può verificare la fondatezza o meno del fatto diverso, in quanto sottrarrebbe all'imputato un grado di giudizio, violandone pertanto in maniera irreparabile il diritto di difesa (cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 14595 del 12 ottobre 2010).

Né, a parere di questa Corte, si discosta dal predetto orientamento la sentenza della II sezione della S.C., n. 32840 del 9 maggio 2012, con cui è stato stabilito che "l'osservanza del diritto al contraddittorio in ordine alla natura ed alla qualificazione giuridica dei fatti di cui l'imputato è chiamato a rispondere, sancito dall'art. 6 CEDU, comma primo e terzo, lett. a) e b), e dall'art. 111, comma terzo, Cost., è assicurata anche quando il giudice d'appello provveda alla riqualificazione dei fatti direttamente in sentenza, senza preventiva interlocuzione sul punto, in quanto l'imputato può comunque pienamente esercitare il diritto di difesa proponendo ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, lett. b), c.p.p., trattandosi di questione di diritto la cui trattazione non incontra

limiti nel giudizio di legittimità", atteso che nel caso analizzato dalla citata sentenza della Cassazione il substrato fattuale considerato restava lo stesso, mentre ne mutava la sola qualificazione giuridica; viceversa nel caso della sentenza impugnata innanzi a questa Corte muta del tutto il fatto ascritto all'imputato, non potendosi non rilevare la difformità strutturale ed ontologica derivante dalla diversa data di cessazione della permanenza, nel caso di specie, peraltro, gravida di relevantissime conseguenze sanzionatorie peggiorative, dovute all'inasprimento sanzionatorio introdotto, per il delitto di cui all'art. 416-bis c.p., con la novella dell'8 dicembre 2005.

Consegue, nei confronti di ciascun imputato per il quale sarà confermato il verdetto di colpevolezza in relazione al delitto associativo di stampo mafioso, la rimodulazione della sanzione secondo i parametri normativi in vigore al primo gennaio 2005; con tutte le ulteriori conseguenze in tema di divieto di bis in idem ed individuazione del fatto più grave cui applicare eventuali aumenti per continuazione inerenti a precedenti condanne per fatti omogenei."

L'analisi della concreta vicenda mette in risalto la necessità che sul punto si pervenga quanto prima ad una risposta univoca e, quindi, ad una soluzione legislativa, che rimediti i numerosi profili coinvolti alla luce dell'indirizzo fornito dalla Corte EDU, non essendo possibile rimettere alla discrezionalità del giudice la soluzione di problematiche di fondo, soprattutto alla luce del fatto che l'interpretazione di legittimità, anche a seguito della sentenza Drassich, non sempre ha fornito risposte condivisibili.

Ed infatti, oltre al caso della non condivisione del principio secondo cui anche la diversa qualificazione giuridica emersa nel procedimento incidentale de liberate posa avere rilievo, parimenti discutibile è la possibilità, prevista dalla Cassazione, di modificare la qualificazione giuridica all'esito del giudizio di appello, sul presupposto che il diritto di difesa sarebbe tutelato sufficientemente in sede di legittimità, come in precedenza si è detto. Ma parimenti non condivisibile, alla luce del caso esaminato, è la possibilità di addivenire a detta modificazione all'esito del giudizio di primo grado tutte le volte in cui ciò comporti delle conseguenze in termini di applicazione di un diverso regime normativo ovvero di conseguenze pure rilevanti, ad esempio in termini di applicazione di misure di sicurezza o di fruizione di benefici. Ed infatti in tutte le ipotesi sin qui sommariamente descritte appare non completamente condivisibile rimettere, da un lato alla discrezionalità del giudice, e dall'altro alla discrezionalità della difesa, la tutela di diritti fondamentali dell'imputato, quale quello al contraddittorio ed all'articolazione di specifici mezzi di prova; la possibilità che una difesa meno attenta, o una difesa di ufficio non sempre accurata, possibilità in concreto tutt'altro che remote, non verificchino le concrete implicazioni di un siffatto mutamento della qualificazione normativa del fatto storico

– e si ricordi che nel caso in precedenza esaminato il mutamento dell'epoca di cessazione della permanenza era stato considerato dal primo giudice fatto diverso – possono ridondare a danno dell'imputato, così come a suo danno possono ridondare le diverse sensibilità ed i diversi orientamenti giuridici dei giudici, cosa che sarebbe nel caso di specie avvenuto se la Corte di Appello non fosse andata di contrario avviso rispetto al primo giudice.

Che la tutela dei diritti dell'imputato dipenda, in concreto, sia da scelte difensive che dalla diversa sensibilità giuridica degli organi giudicanti costituisce, senza alcun dubbio, una realtà evidente e, in buona misura non modificabile. Il punto è se, però, l'esercizio di dette opposte ma in un certo senso complementari discrezionalità, da parte del giudice e della difesa nelle loro concrete estrinsecazioni, possano essere convogliate e regolamentate da disposizioni normative specifiche allorquando ciò involga principi fondamentali posti a tutela di diritti altrettanto fondamentali dell'imputato, quale quello al contraddittorio su cui si basa il giusto processo, accolto dal nostro attuale ordinamento.

Per questa ragione, come si è accennato in precedenza, sarebbe auspicabile nella materia un intervento normativo organico che prevedesse l'adozione di strumenti processuali che consentano alla parte sempre e comunque di interloquire sul mutamento della qualificazione del fatto prima della emissione della sentenza, diversamente da quanto attualmente previsto, dato che si ritiene che il mutamento del titolo di reato possa avvenire anche in sede di legittimità, atteso che detto potere della Cassazione deriverebbe proprio dalla sua funzione qualificatoria⁷.

Lo svolgimento di queste riflessioni, inoltre, non può prescindere dall'accenno ad altra problematica strettamente connessa che, sotto alcuni aspetti, presenta profili problematici altrettanto palesi, e che il caso concreto esaminato consente di evidenziare. Detta problematica riguarda i possibili profili processuali coinvolti dalla individuazione del momento di cessazione della permanenza nel delitto associativo.

Come noto la giurisprudenza di legittimità⁸ ritiene che *“In tema di delitti associativi, la permanenza del reato cessa con la pronuncia di primo grado, in quanto, a seguito dell'istruttoria dibattimentale espletata in tale fase, si accerta compiutamente il fatto da giudicare e si cristallizza l'imputazione, non più modificabile nei gradi di giudizio successivi; tale regola non muta nel caso di condanna in appello che segua una pronuncia assolutoria di primo grado nella quale, comunque, si definisce l'accertamento del fatto in contestazione. Ne deriva che, in tale ipotesi, la condotta che si protragga successivamente*

alla pronuncia assolutoria intervenuta in primo grado integra un nuovo reato.”

Nella motivazione di detta sentenza la Corte prende in esame ciò che accade spesso in relazione ai reati permanenti e, in particolare a quelli associativi, ossia che nel capo di imputazione venga indicata soltanto la data iniziale del commesso reato, ma non anche quella finale, essendo il reato ancora in atto al momento della contestazione. In casi siffatti, afferma la Corte richiamando la proprio pacifica giurisprudenza sul punto in materia di reati associativi, si deve ritenere che la permanenza del reato venga a cessare con la pronuncia di primo grado, perché proprio a seguito della istruttoria dibattimentale in tale fase espletata si accerta compiutamente il fatto da giudicare e, per così dire, si cristallizza la imputazione, che non è più modificabile nei gradi di giudizio successivi⁹.

Detto principio prosegue la Corte, non muta nel caso in cui l'imputato sia stato assolto in primo grado e, a seguito di impugnazione dell'accusa, sia stato condannato in secondo grado, poiché la cessazione della permanenza del reato deve essere ricondotta al preciso accertamento del fatto in contestazione, conseguente unicamente alla istruttoria dibattimentale espletata in primo grado. Sotto tale profilo quindi secondo la Corte, non vi sarebbe alcuna differenza tra una sentenza di condanna ed una sentenza di assoluzione perché entrambe pronunciate sul fatto compiutamente accertato, ossia ad imputazione cristallizzata e, soprattutto non più modificabile¹⁰.

In buona sostanza, si afferma che la rivalutazione della vicenda in appello non può che intervenire sul fatto compiutamente accertato in primo grado, con la conseguenza che, ove mai la condotta dell'imputato dovesse protrarsi dopo la pronuncia assolutoria intervenuta con sentenza di primo grado, tale condotta deve essere considerata un nuovo reato, senza alcuna violazione del principio del *ne bis in idem*.

Detta pronuncia della Cassazione, a parere di chi scrive, si scontra, nella realtà concreta, con una prassi estremamente diffusa, che consiste nella frequente richiesta, nel giudizio di appello, da parte del P.G., di procedere ad una rinnovazione del dibattimento ai sensi dell'art. 603 c.p.p., sottoponendo ad esame collaboratori di giustizia la cui decisione di intraprendere un percorso collaborativo sia sopravvenuta rispetto all'esercizio dell'azione penale ovvero rispetto alla tempistica del giudizio di primo grado. Ciò spesso fa sì che nel corso del giudizio di appello si verifichi, in relazione ad uno o più imputati, la ulteriore permanenza del delitto associativo.

⁷ Cfr. IACOBACCI, *“Riquilibrato del fatto ad opera della Corte di Cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa”*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008.

⁸ Cassazione, sezione V, sentenza del 18 aprile 2008, n. 36928.

⁹ Vedi ad esempio Cass. pen., sez. II, 14 marzo 1997 - 16 ottobre 1997, n. 1949, CED 208752 e, più recentemente, Cass. pen., sez. VI, ordinanza 20 marzo 2006 - 27 aprile 2006, n. 14589, CED 234112.

¹⁰ Nel senso indicato vedi Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2000 - 29 novembre 2000, n. 12302.

A fronte di detta, ricorrente, possibilità appare legittimo domandarsi se, anziché trasmettere gli atti al pubblico ministero perché proceda per l'ulteriore fatto, secondo quella che dovrebbe essere la logica conseguenza, considerato quanto indicato dalla sentenza della Cassazione appena citata, oppure procedere, prima della sentenza di appello, quindi consentendo all'imputato di far valere il suo diritto di difesa e di articolare i necessari mezzi di prova per integrare il contraddittorio, attraverso il meccanismo della contestazione del fatto nuovo.

Ciò, da un lato, consentirebbe il risparmio di superflue attività procedimentali, ossia un ulteriore giudizio di primo grado, nel presupposto, ovviamente, di consentire alla difesa il concreto esercizio dei suoi diritti, ivi inclusa la possibilità di accedere a riti alternativi, non soffrendo il giudizio di appello di alcuna limitazione in ordine allo svolgimento di tutti i mezzi di prova che potrebbero essere articolati in primo grado e, dall'altro, consentirebbe di attuare tutte potenzialità insite nel giudizio di appello quale giudizio di merito.

Su questo ultima considerazione non sono possibili, in questa sede, ulteriori approfondimenti, ma basta ricordare come sono sotto gli occhi di tutti gli operatori del diritto i casi, sempre più frequenti, in cui in appello si ravvisi la necessità, anche ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p., di procedere ad una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale a fronte della deplorabile tendenza – riscontrabile soprattutto in caso di definizione dei processi con rito abbreviato, la cui scelta è condivisa dalla stragrande maggioranza di imputati per delitto associativo ex art. 416-bis, c.p. – di perpetuare nella sentenza di primo grado essenzialmente la motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare, che, a sua volta, riproduce pedissequamente la richiesta del pubblico ministero anche quanto alla valutazione delle prove, senza contare la circostanza che detta ultima richiesta, poi, si limita a riprodurre letteralmente il contenuto dell'informativa della polizia giudiziaria.

Ma anche sotto altro profilo la concreta modalità di contestazione del delitto associativo rileva, sotto il profilo, cioè, che la contestazione sia operata in maniera così detta aperta o chiusa, il che, evidentemente, dipende esclusivamente dalla scelta del pubblico ministero, pur determinando sull'andamento processuale e sui diritti dell'imputato non poche conseguenze.

La giurisprudenza di legittimità ha da tempo avvertito le conseguenze di una tale scelta.

Ad esempio la sentenza della II sezione della Cassazione, n. 47864 del 28 ottobre 2003, aveva infatti considerato, in relazione al principio di correlazione tra accusa e sentenza, che qualora nel decreto di rinvio a giudizio per un reato permanente si contesti una durata della permanenza precisamente individuata nel tempo, quanto meno nel suo momento finale, il giudice può tenere conto del successivo protrarsi della consumazione soltanto quando esso sia stato oggetto

di un'ulteriore contestazione ad opera del P.M. ex art. 516 c.p.p.

Invero, rilevava la Corte oltre dieci anni orsono, la posticipazione della data finale della permanenza incide sulla individuazione del fatto come inizialmente contestato, comportandone una diversità, sotto il profilo temporale, che influisce sulla gravità del reato e sulla misura della pena, e può condizionare l'operatività di eventuali cause estintive.

In altre parole la Corte, in questa ormai risalente pronuncia, aveva correttamente inquadrato l'incidenza sulle possibili conseguenze in termini di pena che la precisazione di un diverso momento finale in relazione alla durata del reato permanente può determinare, in tal modo escludendosi che detta precisazione costituisca solo una precisazione della qualificazione giuridica del fatto, necessitando, invece, di una vera e propria nuova contestazione.

Analogamente la VI sezione della Cassazione, con la sentenza del 24 settembre 2009, n. 49525, aveva affermato: *“Nel caso di reato permanente, la delimitazione del fatto contestato sotto il profilo della sua durata nel tempo dipende dalle indicazioni contenute nel capo d'accusa, nel senso che l'individuazione della sola data di inizio o di accertamento della condotta comporta la pertinenza dell'addebito al tempo intercorrente fino alla sentenza di primo grado, mentre l'indicazione di una data finale (qual è anche l'espressione 'fino ad oggi') implica che la contestazione comprenda la sola porzione del fatto antecedente al rinvio a giudizio.”*

Nella specie il principio era stato affermato a seguito di eccezione di precedente giudicato, dovendosi stabilire, cioè, in quel caso, se una nuova contestazione di delitto associativo riguardasse un fatto già interamente valutato da una precedente sentenza.

E come la diversa formulazione della data di cessazione della permanenza di un delitto associativo riverberi – a seguito della frequente proliferazione di accuse per condotte inerenti successive frazioni di tempo – sulla problematica della duplicazione di contestazioni e sul ricorso all'applicazione dell'art. 649 c.p.p., è anch'essa questione nota ai più.

Alcuni spunti di estremo interesse erano stati fissati dalla ormai risalente sentenza a Sezioni unite della Cassazione, n. 11012 del 13 luglio 1998 in tema di reato permanente, qualora l'imputazione non indichi la data di cessazione della permanenza stessa, con importanti affermazioni circa la possibilità per il giudice di tener conto del protrarsi della condotta nonché circa l'individuazione del momento di cessazione della permanenza.

L'articolata motivazione della sentenza è stata così riassunta nella massima: *“Poiché la contestazione del reato permanente, per l'intrinseca natura del fatto che enuncia, contiene già l'elemento del perdurare della condotta antigiuridica, qualora il pubblico ministero si sia limitato ad indicare esclusivamente la data iniziale (o*

la data dell'accertamento) e non quella finale, la permanenza – intesa come dato della realtà – deve ritenersi compresa nell'imputazione, sicché l'interessato è chiamato a difendersi nel processo in relazione ad un fatto la cui essenziale connotazione è data dalla sua persistenza nel tempo, senza alcuna necessità che il protrarsi della condotta criminosa formi oggetto di contestazioni suppletive da parte del titolare dell'azione penale. (Nell'affermare detto principio la Corte ha precisato che la contestazione del reato permanente assume una sua 'vis expansiva' fino alla pronuncia della sentenza, e ciò non perché in quel momento cessi o si interrompa naturalisticamente o sostanzialmente la condotta, sibbene solo perché le regole del processo non ammettono che possa formare oggetto di contestazione, di accertamento giudiziale e di sanzione una realtà fenomenica successiva alla sentenza, pur se legata a quella giudicata da un nesso inscindibile per la genesi comune, l'omogeneità e l'assenza di soluzione di continuità, la quale potrà essere eventualmente oggetto di nuova contestazione).

Detta sentenza può essere individuata come uno dei più risalenti ed autorevoli cardini del principio che ha individuato la cessazione della permanenza del delitto associativo nella sentenza di primo grado allorché l'imputazione non individuasse altrimenti detto momento.

Nella motivazione la sentenza ripercorreva, anzitutto, i termini del contrasto giurisprudenziale sino ad allora sussistente circa la cessazione della permanenza nel caso di indicazione della sola data di accertamento del reato, ricordando come la giurisprudenza assolutamente prevalente ritenesse che nel caso in cui il decreto di citazione contenesse la sola indicazione della data di accertamento del reato, la sentenza di condanna potesse riflettere l'intero periodo di protrazione della condotta non essendo necessaria la contestazione dei fatti successivi fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, che segna il momento interruttivo della permanenza.

Nella diversa ipotesi in cui nel capo di imputazione fosse precisata la data di cessazione della permanenza, il giudice nel momento di emettere la sentenza poteva tener conto del successivo protrarsi del reato, sempre fino alla sentenza, solo se, però, fosse intervenuta una specifica contestazione suppletiva sul punto.¹¹

A seguito di un contrario orientamento emerso con la sentenza della III sezione penale, n. 132 del 18 gennaio 1994 – che aveva affermato come il perdurare della permanenza del reato nel periodo successivo alla data di accertamento ed a quella di efficacia del decreto di amnistia, può rilevare, per escludere l'applicazione del provvedimento di clemenza, soltanto se abbia formato oggetto di specifica contestazione – la questione era stata rimessa alle Sezioni Unite, nonostante la voce

dissonante rappresentasse una esigua minoranza nel panorama di legittimità.

Le Sezioni unite, nel 1994, erano intervenute con la sentenza Polizzi, alla quale essenzialmente si adeguava la sentenza del luglio 1998 n.11012.

Va rilevato, quindi, che seppure minoritario, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità sin dalla prima metà degli anni '90 si era creato un indirizzo estremamente attento a tutte le possibili implicazioni derivanti da una modifica della cessazione della permanenza.

Nella sentenza Polizzi del 1994 le Sezioni unite avevano posto chiaramente in evidenza, tra l'altro, il principio secondo il quale, nel caso in cui l'originario capo di accusa indichi soltanto la data dell'accertamento del reato permanente, ascrivendo all'imputato una condotta ancora perdurante a quella data, debba ritenersi che la contestazione comprenda anche l'ulteriore eventuale protrazione della permanenza, la quale, pertanto, può essere valorizzata dal giudice del dibattimento ad ogni effetto penale, senza che sia richiesta a tal fine una contestazione suppletiva; con l'ulteriore conseguenza che, in presenza di siffatta situazione, l'intrinseca idoneità del tipo di reato contestato a durare nel tempo, anche dopo l'avverarsi dei suoi elementi costitutivi, comporta che l'imputato sia chiamato a difendersi, sin dall'origine, non soltanto in ordine alla parte già realizzatasi della fattispecie ma anche con riguardo a quella successiva perdurante sino alla cessazione delle condotta o dell'offesa, e comunque non oltre la sentenza di primo grado.

Nonostante le Sezioni unite nel 1998, quindi, avessero confermato il precedente orientamento, meritano tuttavia attenzione alcune considerazioni contenute nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, e le conseguenti valutazioni da parte della Corte.

In detta ordinanza ci si addentrava nella problematica relativa alla cessazione della permanenza dal punto di vista del diritto sostanziale, distinguendola dalla così detta cessazione processuale, ritenendo che le due figure coincidano solo quando è contestato un reato la cui permanenza sostanziale è cessata, dovendosi, al contrario, distinguere le altre ipotesi, *"perché se la condotta criminosa non si è esaurita non può certo dirsi che il reato non è addebitabile all'imputato sino alla sua futura definitiva consumazione o comunque senza che vi sia determinatezza sulla sua data finale"*; prendendo poi in considerazione la possibilità di procedere per un reato la cui esecuzione non fosse esaurita ma, anzi, perdurasse durante l'iter del processo, l'ordinanza di rimessione richiamava i principi della correlazione tra accusa e sentenza, dell'iniziativa del P.M., del diritto di difesa, ed infine quello consacrato nell'art. 129 c.p.p.

Le Sezioni unite, pur considerando le argomentazioni contenute nell'ordinanza di rimessione piuttosto confuse, sottolineavano, però, come nell'ipotesi in cui il capo di imputazione indichi soltanto la data in cui

¹¹ Cass., sez. VI, sentenza del 21 novembre 1995, n. 1890; Cass., sentenza del 27 aprile 1995, n. 4636.

il reato permanente è stato accertato, o quella di inizio della permanenza, il punto di fondamentale disaccordo tra le due tesi fosse costituito dalla possibilità – ammessa dalla giurisprudenza prevalente e negata nell’ordinanza di rimessione – che la contestazione così formulata possa estendersi fino alla pronuncia della sentenza di primo grado segnando, così, quella che suole chiamarsi l’interruzione giudiziale della permanenza e l’inizio della decorrenza del termine di prescrizione.

Il Collegio riteneva che preliminarmente fosse necessario un chiarimento in ordine alla struttura del reato permanente, nel quale il fatto che lo costituisce non si esaurisce *uno actu ed uno tempore*, ma si protrae nel tempo finché perdura la situazione antiggiuridica dovuta alla condotta volontaria del reo e questi non la fa cessare. Detta concezione, condivisa dalla giurisprudenza di legittimità¹², è l’unica che trovi fondamento nella lettura coordinata delle norme positive, e da essa consegue come, nel reato permanente, *“sia possibile distinguere tra commissione, intesa come realizzazione del fatto tipico, id est dell’azione prevista per la integrazione della soglia minima della fattispecie astratta, ed il protrarsi nel tempo della situazione antiggiuridica realizzata che perdura fino all’azione consumativa ultima: questa esaurisce l’illecito e segna il momento nel quale la permanenza viene a cessare, facendo giungere al termine il processo esecutivo che ha prodotto lo stato antiggiuridico, fino ad allora sostanziatosi della condotta cosciente e volontaria del soggetto, cioè, dell’azione colpevole che si protrae, protraendo l’offesa nel contemporaneo perdurare di tutti gli altri dati materiali e giuridici caratterizzanti la fattispecie (condotta, evento, rapporto di causalità, elemento psicologico, antiggiuridicità ecc.)”*.

La Corte proseguiva analizzando le norme del codice di rito dalle quali desumere la struttura unitaria del reato permanente, ossia l’art. 12 c.p.p., che nel prevedere la connessione nel caso di concorso formale di reati o di reato continuato non fa menzione dal reato permanente, e l’art. 16 c.p.p., che fissa i criteri per la determinazione della competenza in caso di connessione, senza includere il reato permanente, considerato nella sua struttura unitaria allorché il legislatore ne detta il criterio determinativo della competenza, all’art. 8 c.p.p., fissandola nel luogo in cui ha avuto inizio la consumazione del reato, non a caso indicato al singolare.

Altra argomentazione determinante, sottolineata dalle Sezioni unite, è quella secondo cui sia la dottrina che la giurisprudenza ammettono pacificamente la possibilità del concorso nel reato permanente anche quando la condotta del concorrente si estrinsechi nel corso del periodo consumativo e dopo che siano stati realizzati tutti gli elementi costitutivi del reato: se la

consumazione fosse cessata, infatti, il concorso non sarebbe più concepibile e l’azione del concorrente dovrebbe considerarsi irrilevante, salva la possibilità di inquadrala nella ipotesi di favoreggiamento.

A sostegno del principio affermato – secondo cui *“il reato permanente corrisponde ad una fattispecie astratta nella quale la consumazione protratta nel tempo rileva sotto il profilo della tipicità che il legislatore ha concepito come unitaria, sussumendo nella fattispecie la caratteristica fenomenologica del permanere dell’azione e del perdurare dell’offesa che la coscienza sociale già percepisce come una situazione ontologicamente unica”* – veniva poi richiamata anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 520 del 26 novembre 1987, che aveva notato come la natura di un reato non possa dipendere dalla qualificazione del legislatore, dovendo, invece, dipendere dal carattere che inerisce alla qualità stessa della condotta così come essa si presenta nella realtà, e di cui il legislatore prende atto nella misura in cui intenda elevarla ad oggetto della norma penale.

La teoria minoritaria – secondo cui il reato permanente consiste in una pluralità di illeciti penali autonomi i quali, però, vengono unificati dall’ordinamento giuridico così da dar luogo ad un fenomeno simile al reato continuato – non solo non considera il fatto che il *continuum*, che nel reato permanente è una componente naturale della sua struttura, nel reato continuato è una artificiale costruzione normativa, in cui gli episodi delittuosi sono temporalmente distaccati e, comunque, concettualmente distinti, venendo a posteriori collegati per il tramite del “medesimo disegno criminoso” di cui all’art. 81 c.p.

La conseguenza di detta struttura ontologica, prima che giuridica, del reato permanente non può essere ignorata quando si tratta di adattare i principi della contestazione e delle corrispondenza tra l’accusa e la sentenza alla intrinseca idoneità a durare nel tempo del reato in esame: *“Il che vuol dire che, nel caso in cui la contestazione abbia per oggetto un reato permanente con l’indicazione della data iniziale della permanenza (o della data dell’accertamento), la permanenza stessa, intesa come dato della realtà, è compresa nella imputazione per la logica ed essenziale connotazione del fatto storico che integra l’accusa. La contestazione, per l’intrinseca natura del fatto che enuncia, contiene già l’elemento del perdurare della condotta ed assume una sua ‘vis expansiva’ fino alla pronuncia della sentenza: e ciò non perché in quel momento cessi o si interrompa naturalisticamente o sostanzialmente la permanenza, sebbene solo perché i principi e le regole del processo non ammettono che possa formare oggetto di contestazione, di accertamento giudiziale e di possibile sanzione una realtà fenomenica successiva alla sentenza anche di un solo attimo (e, peraltro, meramente eventuale potendo la permanenza cessare contemporaneamente alla pronuncia della sentenza), pur se legata a quella giudicata da un nesso inscindibile per la genesi*

¹² Cass., sez. II, sentenza del 5 giugno 1981; Cass., sez. I, sentenza del 10 maggio 1983, n. 1026; Cass., sez. VI, sentenza del 20 marzo 1984 n. 437; Cass., sez. un. del 12 ottobre 1993 - 10 gennaio 1994.

comune, l'omogeneità e l'assenza di soluzione di continuità e che potrà essere oggetto di nuova contestazione. E, quindi, l'imputato di reato permanente – salvo che nell'accusa non sia dedotto un preciso arco temporale – è chiamato nel processo a difendersi in relazione ad un fatto che oggettivamente e per sua intrinseca natura perdura nel tempo in virtù della stessa condotta lesiva, siccome tipicamente conformata e presidiata dalla coscienza e volontà dello stesso agente.”

Ciò che appare veramente significativo e rilevante rispetto alla successiva evoluzione processuale è l'importanza che assume, secondo le Sezioni unite, la circostanza relativa alla diversa opzione concreta di formulazione della imputazione in ordine alla consumazione del reato; ciò dipende dalla scelta del pubblico ministero di individuare o meno la fattispecie in relazione ad uno specifico arco temporale, temporalmente concluso. In questa seconda ipotesi, infatti, in concreto si corre il rischio di addivenire alla realizzazione di quelle stesse conseguenze che si verificerebbero qualora si considerasse il reato permanente come un fenomeno analogo al reato continuato. Ed infatti escludere la possibilità che il reato permanente sia addebitabile all'imputato sino alla pronuncia della sentenza di primo grado, in quanto ciò contrasterebbe con il principio della certezza del diritto, ed esigere, quindi, la formulazione dell'imputazione con specifica indicazione della data finale, condurrebbe a conseguenze aberranti, ossia a negare la possibilità di instaurare il giudizio per un reato permanente in atto o di disarticolare inammissibilmente nel tempo il reato unico che, al contrario, tollera la sola cesura temporale della sentenza, ciò perché nel reato permanente il perdurare della consumazione costituisce elemento identificativo della temporalità del fatto, in quanto ne rappresenta la normale collocazione nel tempo.

L'ulteriore contestazione, quindi, secondo la Corte, costituirebbe un *“sovrabbondante dettaglio avente ad oggetto momenti esecutivi o meri tratti temporali privi, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, di autonomia rilevanza ma costituenti espressione fenomenologica della condotta antigiuridica che, unitariamente considerata nella contestazione originaria, già li comprende e li prevede siccome insiti nella permanenza e, come tali, portati alla cognizione del giudice che, perciò, ben potrà farne oggetto di accertamento e tenerne conto ad ogni effetto al momento della pronuncia della sentenza rispetto alla quale restano anteriori.”*

Ritenere, quindi, che la tesi seguita dalla Cassazione contrasti con il principio dell'iniziativa del pubblico ministero, significa confondere l'*an* della contestazione con il *quomodo* o con il *quando* della stessa, atteso che la contestazione non è che la descrizione del fatto come esso si è svolto o si sta svolgendo, per cui la permanenza è già insita nella sostanza del fatto medesimo da cui è inseparabile, *“non potendo essere degradata e mero elemento accidentale o ad una sorta di post-fatto*

la cui punibilità richieda a sua volta una ulteriore ed ultronea contestazione”.

A questo punto la sentenza prendeva in considerazione la diversa ipotesi in cui il capo di imputazione contenga, oltre alla data iniziale della permanenza anche quella finale, affermando chiaramente che, in tal caso, non si può far carico all'imputato di addebiti che non formino oggetto di contestazioni suppletive, essendo il fatto temporalmente delimitato.

Infine la Corte osservava che ritenere, secondo il minoritario orientamento, il *tempus commissi delicti* cristallizzato alla data del decreto di citazione a giudizio determinerebbe la conseguenza che il protrarsi della condotta delittuosa dovrebbe formare oggetto di successive contestazioni da parte del P.M., non potendo altrimenti essere addebitata all'imputato. *“Se così fosse, però, si darebbe luogo non soltanto ad una serie di inconvenienti pratici segnalati in dottrina (moltiplicazione dei processi e delle pronunzie, ritardi ed intralci derivanti dalle plurime contestazioni), ma ad una sorta di moto perpetuo inarrestabile fino alla sentenza di primo grado. Infatti, poiché il reato permanente è ontologicamente caratterizzato dalla sua persistenza nel tempo, che cessa solo se viene meno la condotta in violazione della norma incriminatrice (si pensi ancora alla partecipazione a banda armata: art. 306 c.p.; alla bigamia: art. 556 c.p.; alla violazione degli obblighi di assistenza familiare: art. 570 c.p.; al sequestro di persona: art. 605 c.p.), non si vede quale fatto nuovo e diverso avrebbe da contestare il P.M. che non si risolva nella continua riproduzione dell'originaria accusa, da aggiornare quindi cotidie et singulis momentis: un'attività questa che non risulta inquadrabile in nessuno schema processuale.”*

Appare evidente il dato che, nell'ultimo passaggio citato, le Sezioni unite non avessero citato, tra gli esempi di reato permanente, il delitto associativo, segno evidente che l'esperienza giudiziaria dell'epoca non aveva ancora assistito al proliferare, almeno in alcune realtà territoriali, dei processi di criminalità organizzata.

Altrettanto significativa è la circostanza che una delle negative e paradossali conseguenze che la Corte riteneva necessario evitare, ossia la moltiplicazione dei processi e delle pronunce, si sia, invece, puntualmente verificata in seguito, come l'esperienza giudiziaria insegna.

Ciò ovviamente deriva da un dato fattuale che caratterizza alcune realtà, ossia la permanenza di compagini criminose che, nonostante le attività di indagine, restano fortemente radicate in determinati territori, essendo evidente che, a fronte di siffatti fenomeni, non vi siano dubbi in ordine alla necessità di reazione da parte dello Stato, che dovrebbe garantire, anzi, la massima funzionalità del sistema giudiziario.

Accanto a detta esigenza, però, si è manifestato un diverso fenomeno, non sempre necessario, rilevante

esclusivamente sul piano giudiziario, ossia la tralaticia proliferazione di procedimenti e processi a carico dei medesimi soggetti che avevano svolto originariamente ed in maniera indiscussa il ruolo di capi, promotori ed organizzatori storici di associazioni criminose e che, a fronte della permanenza delle stesse e della loro continua incidenza e capacità di assoggettamento di determinati territori, a prescindere dalle modifiche delle componenti soggettive delle compagini medesime, continuano ad essere considerati in maniera perdurante sempre e comunque attivi e con funzioni apicali, spesso unicamente o prevalentemente sulla scorta di accertamenti risalenti nel tempo, nonostante, in molti casi, si tratti di soggetti detenuti da anni. Il che, come noto, è reso possibile dal fatto che si ritiene ancora in larga maggioranza, da parte dei giudici di merito, che la condizione di detenuto non implichi necessariamente la cessazione della partecipazione alla compagine criminosa, la quale cessa solo quando si realizzano concreti elementi dimostrativi, la cui prova finisce per gravare, in concreto, sull'imputato, il quale o deve scegliere la strada della dissociazione e della collaborazione con gli organi giudiziari, o deve attendere la fine naturale del suo percorso vitale.

Notoriamente, dal punto di vista processuale, detto meccanismo si attua con successive contestazioni, rispetto alle quali le condotte vengono limitate nel tempo in frazioni definite cronologicamente nella loro scansione, secondo il meccanismo della contestazione "chiusa".

Senza alcun dubbio detto orientamento, molto diffuso soprattutto da parte della pubblica accusa, riposa sul dato imprescindibile della struttura ontologica del delitto associativo quale reato permanente, ma va detto che in tal modo si finisce per valorizzare quasi esclusivamente la componente soggettiva del reato, ossia l'atteggiamento psicologico di adesione e la condivisione individuale delle finalità e della metodologia operativa del clan di appartenenza, che ben difficilmente un soggetto, nato cresciuto e vissuto in determinati ambienti, potrà abbandonare in ipotesi diverse da quelle dei percorsi collaborativi.

Questa banale riflessione serve a sottolineare come nella pratica si assista spesso ad uno svilimento della componente materiale del reato a fronte del substrato psicologico più ancora della componente volitiva dello stesso, dimenticando che la partecipazione non può risolversi unicamente in un atteggiamento psicologico, ma deve necessariamente manifestarsi in un apprezzabile contributo alla vita ed alla realtà in evoluzione dell'associazione medesima.

Questa necessità è stata avvertita di recente dalla stessa Cassazione che, in alcune pronunce, ha iniziato a individuare delle situazioni che, di per sé considerate, pur costituendo evidente manifestazione di adesione psicologica ovvero di permanenza di legami con il *milieu* criminale di origine, non apparivano

altrettanto evidentemente dimostrative della permanenza di un vincolo associativo penalmente rilevante; ciò è avvenuto, ad esempio, in relazione alle ipotesi di soggetti da lungo tempo detenuti e che, in virtù del loro ruolo di vere e proprie icone storiche di un clan, percepiscono, a distanza di anni dall'inizio della loro detenzione, uno stipendio, direttamente o tramite le loro famiglie.

La Corte, in maniera del tutto condivisibile, in tali casi ha ritenuto che ciò potesse ben inquadrarsi in una sorta di anomalo "trattamento di quiescenza" del soggetto, insufficiente, di per sé, a dimostrare la permanenza di un vincolo penalmente rilevante.¹³

Detto orientamento è sicuramente da condividere e da approfondire, essendo giunto veramente il momento di rivedere la materia della prova della permanenza del vincolo associativo in chiave di effettivo contributo causale; ciò significa evitare una ipervalorizzazione di situazioni che non evidenzino, in costanza di detenzione, alcun chiaro contributo partecipativo causalmente funzionale all'assetto attuale dell'associazione *ex art. 416-bis*, c.p., evitare altresì di attribuire all'imputato, che non sia un collaboratore di giustizia, l'onere di provare la sua incapacità di arricchire concretamente le potenzialità criminose del suo gruppo di riferimento, evitare, infine, di far derivare da fatti dimostrativi unicamente della compenetrazione socio-psicologica in un sistema criminale la prova del delitto associativo. In altre parole è necessario adeguare i canoni interpretativi delle prove e, ancor prima, i criteri di ricerca delle stesse, alle stesse metodologie critiche che presidiano la ricerca e la valutazione delle prove in relazione ad indagati o imputati che, non rivestendo il ruolo di capo storico di un clan, non subiscono quella sorta di strisciante "presunzione di appartenenza".

Altrettanto evidente è il fatto che da punto di vista processuale ciò si realizza attraverso la reiterazione, nei confronti dello stesso soggetto, di imputazioni riferite a periodi di tempo successivi e cronologicamente delimitati, tutte le volte in cui le indagini abbiano rivelato, da un lato, l'operatività dell'associazione diretta all'esterno da soggetti diversi dai capi storici e, dall'altro, la sussistenza di circostanze di incerta valenza nei confronti di coloro che sono da lungo tempo detenuti, quali, ad esempio, il pagamento di emolumenti ovvero il contenuto di conversazioni intercettate con i familiari. Ciò che sarebbe, al contrario, necessario dimostrare da parte della pubblica accusa, è la sussistenza di prove certe della direzione della compagine criminosa, da parte del capo storico detenuto, nonostante detta sua condizione, ovvero della sua attuale partecipazione alla vita associativa attraverso condotte concrete attuate all'interno della struttura carceraria, come, ad esempio, il riferire ordini dall'esterno.

¹³ Cass. pen., sez. II, sentenza del 28 giugno 2012, n. 29334.

Detto discorso, evidentemente, non può che collegarsi alla problematica relativa alle modalità di formulazione dell'imputazione, in quanto la discrezionalità del pubblico ministero nella elevazione di successive imputazioni per periodi cronologicamente successivi e limitati, con il sistema della imputazione "chiusa", ovvero la possibilità di modificare l'epoca di cessazione della permanenza all'esito dell'istruttoria dibattimentale, senza formulare alcuna contestazione suppletiva, costituiscono il risvolto processuale della proliferazione di imputazioni per successive frazioni di condotte associative basate essenzialmente su vere e proprie condizioni soggettive, arricchite da elementi probatoriamente ambigui anche se suggestivi, ed altresì fondate su una non più soddisfacente giurisprudenza che, in ultima analisi, fa ricadere sull'imputato detenuto l'onere di provare la cessazione della sua appartenenza all'associazione.

Come poi detta prassi non condivisibile determini in concreto effetti lesivi per i diritti della difesa, problematiche di integrazione del contraddittorio ed incertezze sulla effettiva scansione cronologica delle imputazioni, con aumento di richieste di applicazione della disciplina dell'art. 649 c.p.p. ed incremento di richieste in sede esecutiva ai sensi dell'art. 671 c.p.p., è del tutto superfluo sottolineare.

Altrettanto superfluo appare rilevare come ciò non giovi in alcun modo alla certezza del diritto né alla funzionalità del sistema giustizia, benché una applicazione di risalenti e consolidati principi – come si è tentato di dimostrare attraverso il precedente excursus di una risalente giurisprudenza di legittimità – eviterebbe l'adozione di dette prassi, ancor più discutibili attualmente alla luce delle pronunce della Corte EDU.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 15 maggio 2014 (ud. 27 marzo 2014),
n. 20214

Rito abbreviato: termine finale per la sua proposizione in udienza preliminare

Nell'udienza preliminare la richiesta di giudizio abbreviato può essere presentata dopo la formulazione delle conclusioni da parte del pubblico ministero e deve essere formulata da ciascun imputato al più tardi nel momento in cui il proprio difensore formula le proprie conclusioni definitive.

* * *

Il quesito inviato alle Sezioni unite si pone nei seguenti termini: «*Se può ritenersi tempestiva la richiesta di giudizio abbreviato, proposta nel corso dell'udienza preliminare, prima che il giudice dichiari chiusa la discussione ma dopo le conclusioni del pubblico ministero.*».

In proposito si contrappongono due orientamenti: un primo indirizzo risponde affermativamente al quesito, come affermato dalla sentenza sez. 1, n. 755 del 14 novembre 2002, Tinnirello, Rv. 223251, secondo la quale l'espressione "fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422" impiegata dall'allora vigente art. 439 c.p.p., comma 2, (riprodotta nel testo dell'art. 438 c.p.p., comma 2, come sostituito dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, art. 27) per designare il momento preclusivo della richiesta di giudizio abbreviato in udienza preliminare è "certamente idonea a ricomprendere l'intera fase della discussione prevista dal comma 2 dell'art. 421 fino al suo epilogo". A sostegno di tale soluzione si è rilevato che il legislatore, quando ha voluto collegare delle decadenze al momento iniziale della discussione lo ha detto chiaramente, adottando le opportune, diverse, espressioni come nei casi della formulazione della richiesta di oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative (art. 162-bis c.p., comma 5) e della rinuncia all'impugnazione da parte del pubblico ministero e delle parti private (art. 589 c.p.p., commi 1 e 3); si è richiamata inoltre la ratio deflazionistica del giudizio abbreviato che induce ad una interpretazione lata delle norme che ne regolano l'accesso. Si allineano alla sentenza Tinnirello, sez. I, n. 15982 del 23 marzo 2004, Marzocca, Rv. 227761; sez. I, n. 12887 del 19

febbraio 2009, Iervasi, Rv. 243041); sez. V, n. 6777 del 09 febbraio 2006, Paolone, Rv. 233829.

Un secondo indirizzo, diametralmente opposto (sez. III, n. 18820 del 31 marzo 2011, T., Rv. 250009) sosteneva il principio secondo cui la richiesta di rito abbreviato può essere proposta sino al momento in cui il giudice conferisca la parola al p.m. per la formulazione delle conclusioni. A fondamento di questa opposta ricostruzione si adduce anzitutto l'intenzione del legislatore di individuare anche all'interno dell'udienza preliminare, pur nella sua apparente informalità se raffrontata all'udienza dibattimentale, diverse fasi che in parte evocano la struttura di quest'ultima. È così possibile individuare "un momento iniziale di costituzione delle parti (art. 420), un momento di discussione (nel corso del quale il p.m. illustra le ragioni a sostegno della propria richiesta di rinvio a giudizio ed i difensori quelle opposte) ed un momento di conclusioni (in cui il pubblico ministero, prima, ed i difensori, poi, rassegnano le rispettive richieste finali)"; la scansione risponde all'esigenza, avvertita dal legislatore, "di dare ordine ad un rito (l'udienza preliminare) che non può, e non deve, risolversi in una generica ed informale discussione produttrice di confusione e di probabili iniquità" ed è altresì funzionale rispetto all'esigenza di individuare termini certi per le attività che comportano decadenze (costituzione di parte civile e richiesta di ammissione al rito abbreviato). È dunque necessario – prosegua la sentenza in esame – individuare senza equivoci il termine descritto con l'espressione "fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422". L'ampio orientamento espresso dai precedenti della Corte, nel far riferimento al momento in cui si esaurisce la discussione con la formulazione delle conclusioni di tutte le parti ingenera il dubbio che tale momento vada a coincidere con quello in cui il giudice dichiara chiusa la discussione e si ritira in camera di consiglio per decidere. Ma, osserva la sentenza, se tale fosse stato l'intento del legislatore, "non ci sarebbe stato alcun motivo di usare questa espressione composita ed apparentemente ambigua ma si sarebbe piuttosto detto, come fatto chiaramente nell'art. 421, comma 4, che la facoltà di richiedere il rito abbreviato avrebbe potuto, e dovuto, essere esercitata prima che il giudice dichiari chiusa la discussione; se ciò non è avvenuto, è perché, evidentemente, si è inteso ... individuare un

termine diverso ed un pò anticipato rispetto a quello della fine della discussione”. La disposizione in esame è, in realtà, prosegue la sentenza, “decisamente chiara” e risponde a precise esigenze di trasparenza sulle modalità di svolgimento del rito ed anche di par condicio (quando, ad esempio, si tratti di procedimento con più imputati). In tale ultima situazione, infatti, “considerata la possibilità, tutt’altro che remota, che vi siano imputati in posizioni differenti (sì che le scelte difensive dell’uno possono riverberare sull’altro) deve essere necessario che tutti siano posti nelle medesime condizioni e che quindi, per tutti, il termine-sbarramento, entro cui rappresentare le proprie strategie processuali, sia il medesimo. Ciò può avvenire solo se la lettura dell’art. 421, comma 2, sia quella che lo stesso tenore della norma suggerisce (tanto più se raffrontato al diverso linguaggio normativo nell’art. 421, comma 4) e cioè, che la linea di confine è data dal momento in cui il G.U.P. concede la parola al p.m. per formulare le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422”. Diversamente opinando, si potrebbero ingenerare ulteriori motivi di confusione e di disparità di trattamento a seconda che l’espressione “formulazione delle conclusioni di tutte le parti” venga intesa separatamente (vale a dire per ciascun imputato) ovvero, per tutti gli imputati. Potrebbe, infatti, darsi il caso (soprattutto per procedimenti con più imputati) in cui, ad un’udienza preliminare completa, dove tutti abbiano concluso, in limine della camera di consiglio, uno o più imputati improvvisamente cambino opinione e riaprano interamente il discorso formulando una richiesta di rito abbreviato, cui potrebbe accodarsi anche qualche altro imputato. Ma potrebbe anche verificarsi l’ipotesi in cui, invece, si voglia ritenere ancora aperta la possibilità di chiedere il rito abbreviato solo a “quell’imputato per il quale il difensore non abbia ancora concluso”; in tal caso, però, si scivolerebbe su un piano di palese disparità di trattamento tra imputati essendo evidente che, poiché le discussioni difensive non possono essere simultanee, la scansione dei tempi di discussione (talvolta, necessariamente ripartita in giorni diversi) non avrebbe più – come è sempre stato – un obiettivo meramente pratico di pianificare gli interventi ma potrebbe diventare esso stesso strumento per nuove strategie difensive alla luce delle conclusioni che vengano, via via, rassegnate da altri. Il tutto, all’evidenza, finirebbe per delineare uno scenario sempre più confuso in cui il termine per accedere al rito abbreviato (scelta processuale di non poca rilevanza) non sarebbe più lo stesso per tutti i coimputati ma risulterebbe legato a profili arbitrari, casuali ed (eventualmente) ad astuzie difensive.

Le Sezioni unite dopo aver brevemente richiamato le linee fondamentali del giudizio abbreviato, pervenendo all’attuale assetto normativo caratterizzato dalla contemporanea presenza di un giudizio abbreviato “non condizionato”, la cui ammissibilità non necessita del consenso del pubblico ministero e del vaglio

discrezionale del giudice, cui è tuttavia riservato un potere di integrazione probatoria *ex officio*; e di un abbreviato “condizionato”, in cui la richiesta è invece condizionata appunto ad una integrazione probatoria che il giudice deve vagliare sotto i profili della necessità ai fini della decisione e della compatibilità con le finalità di economia processuale. In questo quadro, i cui dettagli non è necessario approfondire, secondo i Giudici Ermellini, si inserisce la questione della individuazione del termine finale entro cui, nel corso dell’udienza preliminare, può essere formulata la richiesta di ammissione al giudizio abbreviato; questione la cui rilevanza è evidente ove si consideri che in caso di richiesta presentata tardivamente si verifica la definitiva preclusione per l’imputato dei benefici del rito, secondo gli schemi della decadenza.

Nell’analisi complessiva dell’istituto, le sez.un. ritenevano utile richiamare l’attenzione sul fatto che lo svolgimento ordinario dell’udienza preliminare vede susseguirsi, secondo quanto risulta dal dettato normativo, diversi momenti, tra loro concettualmente distinti e separati, se pur nella pratica a volte ciò possa risultare meno evidente. Si possono distinguere la costituzione delle parti, l’ammissione di atti e documenti, la eventuale modifica dell’imputazione, le eventuali dichiarazioni spontanee o l’interrogatorio dell’imputato, l’esposizione dei difensori delle parti private, la replica per una sola volta del pubblico ministero e dei difensori, la decisione del giudice, che può essere definitiva o interlocutoria, quest’ultima ove il giudice ritenga necessaria l’attività di integrazione probatoria o investigativa; in tal caso si terrà una nuova udienza preliminare con nuova discussione. Alla necessità di fare attenzione a tale scansione si è richiamata la Corte costituzionale, sia pure con riferimento ad una diversa questione (sent. n. 117 del 2011 relativa alla posizione del pubblico ministero a seguito del deposito del fascicolo delle investigazioni difensive); e l’esigenza di rispettare un ordine nell’udienza preliminare è stata sottolineata dalla sentenza n. 18820 del 2011 della Terza Sezione, di cui sopra si è riferito. Tanto premesso ritiene il Supremo Consesso che il richiamo alle conclusioni contenuto nell’art. 438, debba essere inteso con riferimento alla definitiva formulazione delle conclusioni di ogni singola parte.

Una tale affermazione non solo non contrasta con il tenore letterale della norma e con le potenzialità deflative del rito ma appare anche maggiormente rispettosa dell’impianto sistematico del codice nonché del diritto di difesa dell’imputato. Deve infatti escludersi che possa essere considerato momento preclusivo quello della formulazione delle conclusioni da parte del pubblico ministero; e ciò non solo e non tanto per il raffronto con altre disposizioni del codice in cui il legislatore non ha avuto difficoltà a specificare il diverso momento cui intendeva riferirsi; quanto e soprattutto per ragioni di ordine sostanziale che, specialmente dopo le

modifiche introdotte con la citata legge del 1999, rendono imprescindibile l'esigenza che l'imputato abbia conoscenza delle conclusioni del pubblico ministero, il quale può tra l'altro anche modificare l'imputazione a norma dell'art. 423, prima di formulare o meno la richiesta del rito abbreviato. Le richieste finali dell'accusa assumono infatti un evidente rilievo ai fini della decisione dell'imputato di avanzare o meno la richiesta di giudizio abbreviato. Una conferma si rinviene dall'esame dei lavori parlamentari relativi all'approvazione della legge Carotti, da cui risulta che nel corso della seconda lettura del testo in esame da parte della Camera dei Deputati è stata abbandonata l'originaria espressione "appena concluse le formalità di apertura del dibattimento", sostituendola con quella attuale. Deve altresì escludersi la tesi secondo cui momento finale, unico per tutti gli imputati, sarebbe quello in cui l'ultimo difensore prende la parola. Tale soluzione viene sostenuta con il richiamo alla opportunità di dare il massimo spazio possibile alle potenzialità deflative del rito e alla necessità di evitare disparità tra gli imputati, osservandosi che il soggetto il cui difensore interloquisce per primo avrebbe una conoscenza più limitata rispetto a quello il cui difensore interviene per ultimo, potendo questi ad esempio usufruire delle dichiarazioni o degli interrogatori di contumaci che decidessero, per scelta o perché prima impossibilitati, di presentarsi dopo gli interventi di una o di alcune delle difese. L'osservazione non può essere condivisa. La conoscenza delle conclusioni degli altri imputati non è elemento cui può fondatamente riconoscersi l'efficacia di influenzare le scelte di ciascun imputato. La pretesa esigenza di parità pare impropriamente invocata, atteso che ciò che deve essere assicurato, trovando anche tutela costituzionale, è la parità tra le parti contrapposte del processo, e cioè tra accusa e difesa. Agli imputati devono invece essere garantiti uguali diritti e uguali opportunità, il che certamente avviene quando, rispettando le scansioni dell'udienza preliminare e l'ordine dei relativi interventi, agli stessi si riconosce il diritto di richiedere l'accesso al rito dopo le conclusioni del pubblico ministero. La necessità di tenere conto delle dichiarazioni del coimputato contumace, costituitosi a discussione già iniziata non può indurre ad accogliere una soluzione che si allontana dal modello fornito dal legislatore con le scansioni dell'udienza preliminare, finendo a spostare il termine in questione al momento in cui il giudice dichiara chiusa la discussione; ma precisazione delle conclusioni e dichiarazione di chiusura della discussione sono momenti letteralmente e concettualmente distinti, costituendo il primo atto di parte e il secondo atto del giudice, e non può essere ignorata la volontà del legislatore espressa con il riferimento letterale alle conclusioni. Peraltro l'eventualità della costituzione tardiva del contumace laddove la stessa si risolve nella introduzione nel processo di elementi nuovi, rilevanti anche per altri imputati, è situa-

zione di cui, ove si verifichi, il giudice potrà eventualmente tenere conto o in sede di replica o autorizzando nuove conclusioni, analogamente a quanto è espressamente previsto dopo le integrazioni investigative e istruttorie. Deve pertanto essere formulato il seguente principio di diritto: «*Nell'udienza preliminare la richiesta di giudizio abbreviato può essere presentata dopo la formulazione delle conclusioni da parte del pubblico ministero e deve essere formulata da ciascun imputato al più tardi nel momento in cui il proprio difensore formula le proprie conclusioni definitive*».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 07 maggio 2014 (ud. 27 marzo 2014),
n. 18822

Latitanza e irreperibilità: contenuto delle ricerche della Polizia giudiziaria

Tenuto conto delle differenze che rendono non comparabili fra loro la condizione della irreperibilità e quella della latitanza, le ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 295 c.p.p., non devono necessariamente comprendere quelle nei luoghi specificati dal codice di rito ai fini della dichiarazione di irreperibilità e, di conseguenza, anche le ricerche all'estero quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 169 c.p.p., comma 4. La polizia giudiziaria, tuttavia, deve compiere le ricerche e svolgere le relative indagini in modo tale che le stesse risultino esaustive al duplice scopo di consentire al giudice di valutare, in sede di adozione del decreto di latitanza, da un lato, l'impossibilità di procedere alla esecuzione della misura custodiale per l'assenza di ulteriori elementi che consentano di pervenire al rintraccio dell'imputato, e, dall'altro, la volontarietà del ricercato di sottrarsi alla esecuzione della misura emessa nei suoi confronti. Con la conseguenza che, ove dalle indagini emergano concreti elementi che denotino la presenza in un determinato luogo all'estero della persona ricercata, la polizia giudiziaria sarà chiamata ad attivare gli strumenti di cooperazione internazionale, atti a consentire il rintraccio dell'imputato, in vista della eventuale instaurazione del procedimento di consegna attraverso i canali della collaborazione giudiziaria.

La cessazione dello stato di latitanza, a seguito di arresto avvenuto all'estero in relazione ad altro procedimento penale, non implica la illegittimità delle successive notificazioni eseguite nelle forme previste per l'imputato latitante dall'art. 165 c.p.p., qualora essa non sia stata portata a conoscenza del giudice procedente. È peraltro compito della polizia giudiziaria, cui spetta l'esecuzione delle ricerche della persona in stato di latitanza, di procedere alla costante verifica di tutte le informazioni desumibili, fra l'altro, dai sistemi informativi nazionali ed internazionali e di comunicare prontamente alla autorità giudiziaria procedente l'eventuale arresto avvenuto all'estero della persona ricercata.

Sul punto vengono sottoposte alle Sezioni unite la risoluzione di due controverse interpretazioni.

Il primo quesito sul quale le Sezioni unite sono state invitate a fornire una risposta riguarda il problema se «*le ricerche che la polizia giudiziaria è chiamata a svolgere a norma dell'art. 295 c.p.p., in sede di esecuzione delle ordinanze che dispongono la custodia cautelare, e che costituiscono il presupposto per la dichiarazione di latitanza ai sensi dell'art. 296 del medesimo codice, debbano necessariamente comprendere quelle nei luoghi specificati ai fini della dichiarazione di irreperibilità e, dunque, anche le ricerche all'estero quando ricorrano le condizioni previste dall'art. 169 c.p.p. comma 4*».

Sul punto, si registrano diversi orientamenti da parte della giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo indirizzo maggioritario la dichiarazione di latitanza non deve essere necessariamente preceduta dallo svolgimento all'estero delle ricerche tese a rintracciare il soggetto nei cui confronti è stato adottato il provvedimento cautelare e della cui dimora o residenza in un paese straniero si abbia avuto generica notizia. Si è infatti osservato che la distinzione concettuale che separa lo status dell'irreperibile da quello del latitante si riflette anche sui presupposti sui quali si fonda il relativo accertamento e la declaratoria della relativa condizione: nel caso della latitanza, infatti, la base normativa di riferimento è costituita dal verbale di vane ricerche, che la polizia giudiziaria redige a seguito della mancata esecuzione dell'ordinanza di custodia cautelare, indicando in modo specifico le indagini svolte nei luoghi nei quali si presume che l'imputato possa trovarsi, senza essere vincolata, quanto ai luoghi di ricerca, dai criteri indicati in tema di irreperibilità. Il verbale redatto dalla polizia giudiziaria, peraltro, pur costituendo il presupposto procedimentale, non determina, ex se, automaticamente, la dichiarazione di latitanza, dal momento che il relativo provvedimento è subordinato alla positiva valutazione del giudice, il quale è chiamato ad effettuare un apprezzamento *rebus sic stantibus* circa la adeguatezza e completezza delle ricerche, senza che possano incidere sulla validità del provvedimento le eventuali informazioni pervenute successivamente. Quanto, poi, al carattere di esaustività delle ricerche effettuate, si è puntualizzato come il relativo scrutinio non debba essere condotto in base a parametri prefissati, come indicativamente enunciato dall'art. 159 c.p.p., circa i luoghi di ricerca dell'imputato irreperibile, ma debba essere piuttosto ragguagliato alle specifiche e particolari condizioni del soggetto da ricercare, così da consentire al giudice, in relazione alle peculiarità del caso concreto, di valutare la completezza o meno delle indagini svolte. Dalle profonde differenze che è possibile cogliere tra gli istituti della latitanza e quello della irreperibilità, avuto riguardo alle diverse finalità che animano le disposizioni che li regolano, nonché ai diversi presupposti che ne stanno alla base – con particolare riferi-

mento alla volontarietà che caratterizza la latitanza e che presuppone la conoscenza del procedimento e del provvedimento che è stato o può essere emesso, a differenza dell'irreperibile – se ne è tratto il corollario che “l'emissione del decreto di latitanza non deve essere preceduto dallo svolgimento all'estero di ricerche tese a rintracciare il soggetto nei cui confronti è stato adottato il provvedimento cautelare e della cui dimora o residenza in un paese straniero si abbia avuto generica notizia, non sussistendo i presupposti per l'applicazione in via analogica delle regole dettate per le ricerche dell'irreperibile dall'art. 169 c.p.p., comma 4”.

D'altra parte – si è pure puntualizzato – posto che tali ricerche sono finalizzate a conoscere l'indirizzo preciso dell'imputato al fine di spedire la raccomandata di cui al comma 1, dello stesso articolo, e metterlo in condizione di dichiarare o eleggere domicilio ai fini delle notificazioni, cosa che il latitante è certamente in grado di fare, risulterebbe “certo singolare avvertire con lettera raccomandata un imputato della esistenza di un provvedimento restrittivo a suo carico perché potrebbe essere interpretato come un invito alla fuga”; insomma – si è precisato – si comprometterebbe l'obiettivo tipico della misura cautelare custodiale che è quello dell'arresto dell'imputato”, (*ex plurimis*, sez. VI, n. 47528 del 29 novembre 2013, Elezaj; sez. VI, n. 43962 del 27 settembre 2013, Hassad, Rv. 256684; sez. 5, n. 46340 del 19 settembre 2012, Adler, Rv. 253636; sez. II, n. 25315 del 20 marzo 2012, Ndreko, Rv. 253072; sez. V, n. 06 ottobre 2011, Radu, Rv. 252154; sez. 1, n. 15410 del 22 aprile 2010, Arizzi, Rv. 246751).

Nell'ambito di un secondo indirizzo parzialmente difforme si collocano quelle pronunce le quali, pur senza giungere ad affermare l'applicazione analogica dell'art. 169 c.p.p., comma 4, ritengono che, per poter definire esaustive le ricerche del latitante, le stesse devono essere eseguite secondo modalità analoghe a quelle previste per la dichiarazione di irreperibilità (sez. V, n. 9637 del 07 dicembre 2011, Spaggiari, Rv. 251998). Nel medesimo filone si iscrive anche la tesi secondo la quale l'emissione del decreto di latitanza debba essere preceduto, qualora esistano elementi investigativi circostanziati, dallo svolgimento di ricerche per rintracciare l'imputato all'estero, nonché dall'accertamento degli elementi fattuali per ritenere effettiva la sua volontà di sottrarsi al processo o alla cattura. Secondo tale orientamento, le ricerche all'estero andrebbero dunque attivate non in funzione di astratte e generiche possibilità, ma allorché esistano valide piste investigative che orientino verso il rintraccio o il tentativo di rintraccio della persona all'estero: ciò che conta, quindi, non è l'applicazione analogica dell'art. 169 c.p.p., comma 4, quanto la effettiva completezza delle ricerche che sono prodromiche alla dichiarazione di latitanza (sez. III, n. 6679 del 10 gennaio 2012, Vorovel, Rv. 252444).

Solo in tempi relativamente recenti, si è registrato il formarsi di un terzo indirizzo favorevole a ritenere applicabile, in via analogica, anche ai fini della legittimità della emissione del decreto di latitanza, la particolare disciplina dettata dall'art. 169 c.p.p., comma 4, pur se stabilita nella sua dimensione normativa in funzione della emissione del decreto di irreperibilità. Si è, infatti, inizialmente osservato che le ricerche postulate dall'art. 295 c.p.p., per potersi ritenere esaurienti, devono estendersi anche al paese estero ove l'imputato si sia verosimilmente rifugiato; e ciò in quanto la previsione dettata dall'art. 169 c.p.p., comma 4, pur se dettata in vista della emissione del decreto di irreperibilità, è applicabile per analogia anche in tema di latitanza, dovendosi, quest'ultima, "ritenere una forma di irreperibilità qualificata dalla volontaria sottrazione del soggetto ad un provvedimento coercitivo" (sez. I, n. 17592 del 24 aprile 2007, Dalipi, Rv. 236504; nel medesimo senso, fondato sulla pretesa assimilabilità della latitanza alla irreperibilità, sez. VI, n. 5929 del 22 gennaio 2009, Bambach, Rv. 243064; sez. I, n. 9443 del 16 febbraio 2010, Havaraj, Rv. 246631).

Traendo spunto da tali affermazioni e dagli approdi cui era pervenuta la Corte costituzionale nella sentenza n. 98 del 1977 a proposito della corrispondente disciplina della latitanza nel codice abrogato, si è poi puntualizzato che la situazione del latitante – vale a dire dell'imputato che si sottrae volontariamente, e al di fuori di qualsiasi presunzione normativa, alla esecuzione di un provvedimento di custodia cautelare – può effettivamente essere diversa da quella dell'irreperibile, ma non per i modi e le estensioni delle ricerche previste per entrambi, differenziandosi le due situazioni soltanto in ragione dei relativi presupposti, che legittimano, per entrambi i casi, il ricorso alla notificazione attraverso una *fictio iuris*: nel caso del latitante, collegata e giustificata da una scelta che deve essere verificata come volontaria; nel caso dell'irreperibile, in quanto resa necessaria dalla impossibilità oggettiva di effettuare le notificazioni secondo i modi ordinari. Da ciò l'assunto secondo il quale il sistema delle disposizioni che consentono le notificazioni attraverso mere presunzioni, così come le regole che disciplinano il giudizio in contumacia, alla cui instaurazione le prime concorrono, deve essere interpretato con particolare cautela, "perché quello di partecipare al giudizio è un diritto fondamentale dell'imputato riconducibile all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, riprodotto nell'art. 111 Cost., e l'ordinamento processuale deve tendere ad evitare che il giudizio penale si svolga in assenza dell'imputato" (sez. I, n. 17703 del 04 marzo 2010, Rozsaffy, Rv. 247061).

L'affermazione secondo la quale i medesimi principi affermati dalla Corte di Strasburgo nelle note condanne subite dall'Italia nei casi Somogyi e Sejdovic – oltre allo "storico" caso Colozza – e che hanno indotto il legislatore a modificare l'art. 175 c.p.p., devono

guidare l'esegesi dell'art. 296 c.p.p., pur con i dovuti adattamenti, finisce, dunque, per essere centrale nella individuazione della *ratio* essendi dell'orientamento che qui ora si esamina, giacché, al di là delle strutture normative, ciò che secondo tali pronunce deve orientare il giudice, è il soddisfacimento di garanzie di effettività che assicurino il rispetto dei canoni del giusto processo. È ben vero, infatti – si è affermato – che, ai fini dell'accertamento della volontarietà della sottrazione al provvedimento restrittivo della libertà personale, che costituisce il presupposto psicologico della declaratoria di latitanza, sono utilizzabili anche presunzioni, con la conseguenza che "non occorre dimostrare la conoscenza della effettiva emissione del provvedimento da parte del catturando, essendo sufficiente che l'interessato si ponga in posizione di irreperibilità sapendo che quel provvedimento può essere emesso" (sez. I, n. 48739 del 25 novembre 2994, Lusha, Rv. 239390) e cioè che, a fronte di un verbale completo di vane ricerche possa ricavarsi la prova della volontarietà della scelta dell'interessato di sottrarsi alla esecuzione del provvedimento cautelare rendendosi irreperibile sapendo che il provvedimento restrittivo è stato o comunque sta o può essere emesso". Tuttavia, si è concluso, la regolarità della dichiarazione di latitanza deve essere condotta sulla falsariga di una interpretazione della norma ispirata a criteri di garanzia che consentano di affermare come provato che l'imputato sia stato a conoscenza del procedimento e si sia volontariamente sottratto alla cattura. Altrimenti, "l'erronea dichiarazione di latitanza, formulata in assenza di prove della volontaria irreperibilità, non può che determinare la nullità degli atti conseguenti, ivi compresa la citazione a giudizio e la sentenza di poi pronunciata" (sez. I, n. 5032 del 17 dicembre 2008, Caccavallo, Rv. 243345).

Le Sezioni unite per la risoluzione del contrasto affermano che sia preferibile aderire all'orientamento prevalente, laddove in esso sono adeguatamente poste in luce le profonde differenze, strutturali e teleologiche, che concettualmente separano fra loro gli istituti della irreperibilità e quello della latitanza, fondando proprio sulla ontologica autonomia degli istituti medesimi e sulle connotazioni *extra ordinem* che li caratterizzano l'impossibilità di procedere ad una applicazione analogica della disciplina prevista dall'art. 169 c.p.p., comma 4, anche agli effetti della latitanza.

Mentre, dunque, la latitanza produce automaticamente effetti processuali, in quanto frutto di una scelta volontaria del soggetto di sottrarsi ad un provvedimento custodiale e conseguentemente di non presenziare al procedimento, la irreperibilità è una condizione di fatto, la quale può derivare da cause estranee ad una "scelta" dell'imputato; può quindi consistere in uno status non soltanto involontario, ma anche incolpevole: con la conseguenza di assumere connotazioni processualmente rilevanti, tanto agli effetti della conoscenza della accusa e del procedimento a proprio

carico, quanto ai fini del diritto di partecipare al giudizio.

Latitanza e irreperibilità, pertanto, rappresentano il convergere di condizioni soggettive profondamente diverse e fra loro non assimilabili, vuoi sul piano delle garanzie e delle correlative strutture normative di riferimento, vuoi su quello delle reciproche “compatibilità” sul versante degli sviluppi ermeneutici. Le ricerche, infatti – come si è già osservato – anche dopo l’emissione del decreto che dichiara lo stato di latitanza, non si arrestano, ma continuano, proprio perché la finalità dell’istituto è quella di assicurare l’esecuzione del provvedimento e porre fine, con al cattura dell’imputato, allo stato di latitanza. D’altra parte, in questa prospettiva, non avrebbe alcun senso circoscrivere le ricerche del latitante ai luoghi preso i quali devono essere attivate “particolarmente” (e dunque secondo una rassegna indicativa, ma non necessariamente esaustiva) le nuove ricerche dell’imputato in vista della adozione del decreto di irreperibilità, secondo le prescrizioni dettate dall’art. 159 del codice di rito. Per altro verso, evocando l’art. 296 c.p.p., il *genus* della latitanza anche nella ipotesi della sottrazione volontaria ad un ordine di esecuzione *in vinculis*, a norma dell’art. 656 c.p.p., con riverberi, dunque, di tipo per così dire, “sostanziale”, l’ordinamento fa mostra di assegnare al latitante una condizione che assume spessore ed efficacia diversi dal semplice proiettarsi sul versante del regime delle notificazioni, che, a ben guardare, finisce per essere l’unico terreno di raffronto fra gli istituti che vengono qui in discorso. Dopo una accurata analisi dei diversi istituti conclusivamente le Sezioni unite avviandosi alla conclusione per dirimere il contrasto chiariscono gli snodi di maggiore pregnanza degli artt. 295 e 296 c.p.p.

L’art. 295, comma 1, stabilisce, anzitutto, che, se la persona nei confronti della quale è stata disposta la misura non viene “rintracciata” e non è possibile procedere agli adempimenti di cui all’art. 293, l’ufficiale o l’agente di polizia giudiziaria redige ugualmente il verbale, “indicando specificamente le indagini svolte”.

Si tratta, – come precisano i Giudici delle sez. un. – dunque, di una attività composita, che passa da una fase di tipo constatativo – il mancato “rintraccio” – ad una di tipo squisitamente investigativo, che può anche assumere caratteri di notevole complessità. Delle indagini svolte deve poi essere fornita indicazione “specificata” nel relativo verbale, dal momento che è proprio dalla analitica rassegna degli accertamenti che può apprezzarsi il “merito” delle scelte compiute dalla polizia giudiziaria e della impossibilità di battere altre strade che possano condurre alla cattura del latitante.

Tra il verbale di vane ricerche e la dichiarazione di latitanza si inserisce, poi, il sindacato del giudice, senza che vi sia alcun automatismo tra gli esiti negativi delle prime e la “ratifica” giurisdizionale che quella declaratoria comporta: lo stato di latitanza, infatti, è dichiara-

rato soltanto se il giudice ritenga “le ricerche esaurienti”. Si tratta, però, di una esaustività investigativa che deve essere concretamente misurata in una duplice e concorrente prospettiva: da un lato, infatti, le indagini svolte per pervenire al rintraccio del latitante devono essere tali da escludere possibilità ulteriori ai fini della esecuzione della misura, rendendo quindi evidente che, laddove sussistano concreti elementi che indichino un preciso luogo di rifugio all’estero del soggetto, gli strumenti di cooperazione internazionale di polizia non possono non essere attivati; dall’altro, le ricerche e le correlative indagini devono consentire al giudice di affermare la sussistenza del presupposto della volontaria sottrazione alla esecuzione della misura, giacché, altrimenti, la declaratoria di latitanza risulterebbe priva dell’accertamento “sostanziale” che qualifica la condizione normativa di quello *status*. Tutto ciò sta quindi a significare che, ove non risulti positivamente riscontrata la completezza delle ricerche, nella duplice prospettiva di cui innanzi si è detto, il giudice sarà chiamato a disporre ulteriori accertamenti, proprio perché non risultano positivamente acclarati, alla luce delle peculiarità che possono caratterizzare le singole vicende, fra le quali – anche e forse soprattutto – le condizioni personali del ricercato, i presupposti cui l’ordinamento subordina la declaratoria dello stato di latitanza.

Ne consegue che in risposta al primo dei due quesiti posti a base della rimessione del ricorso alle Sezioni unite le stesse hanno risposto nei termini seguenti: *«Tenuto conto delle differenze che rendono non comparabili fra loro la condizione della irreperibilità e quella della latitanza, le ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria ai sensi dell’art. 295 c.p.p., non devono necessariamente comprendere quelle nei luoghi specificati dal codice di rito ai fini della dichiarazione di irreperibilità e, di conseguenza, anche le ricerche all’estero quando ricorrano le condizioni previste dall’art. 169 c.p.p., comma 4. La polizia giudiziaria, tuttavia, deve compiere le ricerche e svolgere le relative indagini in modo tale che le stesse risultino esaustive al duplice scopo di consentire al giudice di valutare, in sede di adozione del decreto di latitanza, da un lato, l’impossibilità di procedere alla esecuzione della misura custodiale per l’assenza di ulteriori elementi che consentano di pervenire al rintraccio dell’imputato, e, dall’altro, la volontarietà del ricercato di sottrarsi alla esecuzione della misura emessa nei suoi confronti. Con la conseguenza che, ove dalle indagini emergano concreti elementi che denotino la presenza in un determinato luogo all’estero della persona ricercata, la polizia giudiziaria sarà chiamata ad attivare gli strumenti di cooperazione internazionale, atti a consentire il rintraccio dell’imputato, in vista della eventuale instaurazione del procedimento di consegna attraverso i canali della collaborazione giudiziaria».*

Il secondo quesito devoluto alle Sezioni unite riguarda, invece, l’ipotesi in cui «lo stato di latitanza cessi

a seguito dell'arresto avvenuto all'estero in relazione ad altro procedimento, e ci si interroga, di conseguenza, se tale evento, anche se non portato a conoscenza del giudice che procede, risolva ex se la condizione di latitanza in riferimento a qualsiasi procedimento, determinando la illegittimità delle successive notifiche eseguite nella forma prevista per l'imputato latitante dall'art. 165 c.p.p.».

Si tratta di tematica più volte scandagliata dalla giurisprudenza, anche se sotto il duplice riflesso rappresentato, non soltanto dal regime delle notificazioni applicabili, ma anche dell'impedimento a comparire derivante dallo stato detentivo al di fuori del territorio nazionale, con la conseguente preclusione, per il giudice, di disporre la traduzione del detenuto, per consentirgli di partecipare al processo a suo carico.

Sotto quest'ultimo profilo, il punto di partenza è rappresentato dalla sentenza Caridi delle Sezioni unite, nella quale si è affermato il principio secondo il quale l'arresto dell'imputato all'estero nell'ambito di una procedura estradizionale o per altra causa comporta la cessazione dello stato di latitanza (sez. un., n. 21035 del 26 marzo 2003, Caridi, Rv. 224134). Nel frangente, la Corte osservò che il diritto dell'imputato alla autodifesa afferisce ad un diritto fondamentale, la cui possibilità di esercizio connota, indefettibilmente, il giusto processo, con la conseguenza che le norme che lo riguardano devono essere di stretta interpretazione. In tal senso – osservò ancora la Corte – depono il nuovo testo dell'art. 111 Cost., il quale, nello stabilire il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ne avrebbe elevato a rango costituzionale la sua premessa logico-giuridica, ovvero il diritto dell'imputato ad essere presente al suo processo.

Conclusione, questa, verso la quale convergono anche le fonti internazionali ed in particolare la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza ha puntualizzato che la presenza dell'imputato al suo processo, anche se non espressamente prevista dall'art. 6 della Convenzione tra i diritti minimi dell'imputato, assume essenziale rilievo quale aspetto fondamentale del giusto processo; con la conseguenza che la normativa dei singoli Stati deve “giungere ad un ragionevole equilibrio tra il diritto di partecipare personalmente all'udienza e gli interessi pubblici, ed in particolare quelli della giustizia, scoraggiando le assenze ingiustificate, senza tuttavia giungere all'uso della minaccia della privazione dei diritti dell'uomo per costringere l'imputato ad essere presente”.

Va rammentato, però, che la fattispecie oggetto della pronuncia di cui ora si è detto concerneva la condizione di un soggetto detenuto all'estero in esecuzione di misura cautelare disposta nel medesimo procedimento ed in attesa di estradizione, con la conseguenza che la Corte, attenendosi al caso concreto sottoposto al suo esame, ha solo accennato, richiamando per lo più precedenti arresti, al profilo relativo alla necessità

che il giudice precedente abbia contezza della condizione di detenuto all'estero dell'imputato, che si è ritenuta essere causa di legittimo impedimento.

Il tema è stato invece affrontato *ex professo* nella successiva sentenza Arena, sempre delle Sezioni unite, ove si è affermato il principio per il quale la conoscenza, da parte del giudice, di un legittimo impedimento a comparire dell'imputato ne preclude la dichiarazione di contumacia, a meno che l'imputato stesso non acconsenta alla celebrazione dell'udienza in sua assenza o, se detenuto, rifiuti di assistervi. Principio, questo, a fronte del quale si è peraltro puntualizzato che la detenzione dell'imputato per altra causa, sopravvenuta nel corso del processo e comunicata solo in udienza, integra un'ipotesi di legittimo impedimento a comparire e preclude la celebrazione del giudizio in contumacia, anche quando risulti che l'imputato medesimo avrebbe potuto informare il giudice del sopravvenuto stato di detenzione in tempo utile per la traduzione, in quanto non è configurabile a suo carico, a differenza di quanto accade per il difensore, alcun onere di tempestiva comunicazione dell'impedimento (sez. un., n. 37483 del 26 settembre 2006, Arena, Rv. 234600).

All'esito di una approfondita disamina del quadro della normativa nazionale e convenzionale, con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, già soffermatasi più volte sul tema del processo *in absentia* nei casi Colozza, Somogyi e Seydovic, che hanno visto l'Italia soccombente, la Corte giunge ad affermare che il sistema è improntato ai seguenti principi: a) la conoscenza di un legittimo impedimento preclude la dichiarazione di contumacia, e solo ove l'imputato impedito esplicitamente consenta che l'udienza avvenga in sua assenza, o, se detenuto, rifiuti di assistervi, trova applicazione l'istituto dell'assenza, ai sensi dell'art. 420-*quinquies* c.p.p.; b) costituisce legittimo impedimento la detenzione dell'imputato per altra causa anche nel caso in cui restasse inerte, ben potendo comunicare al giudice la sua condizione in tempo utile per consentirne la traduzione; c) per l'effetto di tali principi, la accertata presenza di un legittimo impedimento, del quale il giudice sia comunque reso edotto, in mancanza di qualsiasi dichiarazione di rinuncia, non sortisce alcun effetto abdicativo e, in mancanza di un atto di tal genere, la dichiarazione di contumacia è illegittimamente resa.

La giurisprudenza successiva ha, nella quasi totalità delle pronunce, dato seguito alle linee tracciate dalle Sezioni unite, conformandosi al principio secondo cui l'arresto dell'imputato all'estero, anche per altra causa, comporta la cessazione dello stato di latitanza, puntualizzando, però, sempre, la necessità che lo stato di detenzione sia noto all'autorità giudiziaria precedente. Si è così esclusa ogni invalidità in un caso nel quale il decreto che dispone il giudizio era stato notificato ai sensi dell'art. 165 c.p.p., dopo la cattura dell'imputato all'estero, ma nella assenza di qualunque atto che do-

cumentasse la cognizione giudiziale al momento della notifica. E ciò, sull'assunto che l'arresto avvenuto all'estero dell'imputato latitante produce i suoi effetti in relazione sia al regime delle notificazioni sia alla legittimità dell'impedimento dell'imputato a partecipare al processo, a condizione, peraltro, che la circostanza emerga dagli atti e sia quindi nella sfera di conoscenza della autorità giudiziaria (sez. VI, n. 14239 del 15 dicembre 2003, Farina, Rv. 231455). Nel medesimo senso, si è affermato che l'arresto dell'imputato all'estero per una causa diversa dall'extradizione comporta la cessazione dello stato di latitanza, purché lo stato di detenzione sia noto all'autorità giudiziaria che procede; infatti – si è osservato – per l'imputato latitante, a differenza di quello irreperibile, non sono necessarie nuove ricerche prima della emanazione del decreto di citazione e, inoltre, l'assoluto impedimento a comparire, ai sensi dell'art. 420-ter c.p.p., comma 1, deve "risultare" dagli atti e non deve essere verificato dal giudice.

D'altra parte – si è ancora rilevato – una simile regola vale a scongiurare l'aberrante ipotesi che il giudice, prima di procedere al dibattimento, debba svolgere una indagine in ogni procedimento in cui l'imputato non sia presente per verificare se ciò sia dovuto "ad assoluta impossibilità a comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento". Invece, è proprio la limitazione ai casi in cui l'impedimento "risulti" dagli atti del procedimento a rappresentare il giusto punto di equilibrio tra il fondamentale diritto soggettivo dell'imputato di presenziare al dibattimento rispetto all'altrettanto fondamentale valore della durata ragionevole del processo; principi, questi, entrambi preservati dall'art. 111 Cost. (sez. IV, n. 36780 del 30 giugno 2004, Rv. 229760). In linea con tale orientamento si è anche più di recente affermato che la detenzione all'estero anche per altra causa, sempre che risulti dagli atti, costituisce legittimo impedimento a comparire a dibattimento (nella specie la Corte ha ritenuto legittima la dichiarazione di contumacia effettuata nel giudizio di merito posto che il difensore si era limitato a segnalare all'udienza lo stato di detenzione in Romania dell'imputato senza ulteriori precisazioni): sez. II, n. 24535 del 29 maggio 2009, Volpe, Rv. 244252. In termini ancor più rigorosi, pur ribadendosi il principio per il quale la causa di cessazione della latitanza rileva solo se portata a conoscenza del giudice precedente, si è anche affermato che l'accertata assenza del ricercato del territorio dello Stato è, di per sé, circostanza sufficiente per la dichiarazione della latitanza, che cessa soltanto con l'arresto e non anche con la giuridica possibilità di eseguire notificazioni all'estero in base a indicazioni circa il luogo di residenza del destinatario latitante (sez. I, n. 15410 del 25 marzo 2010, Arizzi, Rv. 246751).

L'indirizzo, del tutto prevalente, che si è sin qui esposto, ha trovato da ultimo eco in sez. I, n. 29503

del 01 marzo 2013, ove si è affermato il principio per il quale le notificazioni all'imputato latitante devono essere eseguite mediante consegna di copia al difensore di fiducia o d'ufficio sino a quando non sia stata processualmente accertata la cessazione della latitanza, senza che sia necessaria la rinnovazione delle ricerche ad ogni passaggio di fase o grado.

A fronte dell'orientamento pressoché unanime e consolidato di cui innanzi si è detto, si collocano alcune pronunce nelle quali si fa leva su ipotesi peculiari, per trarne il corollario che lo stato di detenzione determini la cessazione della condizione di latitante anche ove la stessa, pur non risultando dagli atti, fosse agevolmente riscontrabile da parte del giudice precedente.

In una fattispecie nella quale peraltro si verteva in una ipotesi di detenzione in Italia per altra causa – dandosi luogo, dunque, ad una situazione profondamente diversa dall'arresto avvenuto all'estero – si è affermato che la cessazione dello stato di latitanza implica la illegittimità delle successive notifiche eseguite ai sensi dell'art. 165 c.p.p., anche qualora non sia stata portata a conoscenza del giudice precedente, gravando su quest'ultimo il compito di verificare che la latitanza non sia cessata e non essendo previsto un onere di comunicazione a carico dell'imputato (sez. I, n. 22076 del 19 maggio 2009, Scollo, Rv. 244135). La Corte ha infatti osservato che, una volta avvenuta la cattura dell'imputato, la questione sulla esigibilità e sull'onere di comunicare al giudice la cessazione della latitanza va raccordata al principio per il quale la notificazione degli atti rappresenta lo strumento indispensabile per consentire all'imputato di esercitare il proprio diritto di difesa.

"E questa esigenza – ha affermato la Corte – non può ritenersi soddisfatta se, pur essendo possibile adottare con un minimo di diligenza una forma di notificazione idonea a portare il contenuto dell'atto nella effettiva sfera di conoscibilità del destinatario, si faccia ricorso ad altra forma di notifica, dalla quale deriva una semplice presunzione legale di conoscenza".

Al tema della "conoscibilità" dell'intervenuto stato di detenzione, nei termini appena esposti, e dei riverberi che da ciò possono derivare sul piano del regime delle notificazioni degli atti, viene dedicata attenzione anche da parte di altra pronuncia, nella quale si è affermato che la notificazione degli atti all'imputato, arrestato all'estero nell'ambito di una procedura estradizionale o per altra causa, e di cui risulti agli atti il luogo della detenzione, con conseguente cessazione dello stato di latitanza prima dichiarato, devono compiersi secondo la disciplina prescritta per l'imputato residente o dimorante all'estero e non secondo quella per la notifica al latitante (sez. V, n. 9746 del 05 dicembre 2008, Foley, Rv. 242991).

Anche in tal caso, lo scrutinio di legittimità si è concentrato sul difetto di diligenza mostrato dalla au-

torità giudiziaria procedente, per non essersi attivata, avuto riguardo alla specificità delle informazioni di cui era in possesso, nel verificare la persistenza della condizione di latitanza; pur se a tale approdo la Corte è giunta traendo spunto dalle affermazioni enunciate nella sentenza Caridi, della quale veniva valorizzato il principio in virtù del quale l'arresto dell'imputato all'estero comporta la cessazione dello stato di latitanza.

L'orientamento da ultimo esposto, apparentemente dissonante rispetto a quello indicato come del tutto prevalente, più che caratterizzarsi, dunque, per una distinzione tra regimi notificatori fra loro alternativi, come derivazione diretta dall'arresto all'estero "per altra causa" dell'imputato latitante in Italia, pare mettere l'accento sulla particolare scrupolosità che deve indurre il giudice a "leggere" e valutare le risultanze processuali, ove da queste possa agevolmente dedursi che l'imputato si trovi *in vinculis* al di fuori del territorio nazionale. Il che, a ben guardare, sposta l'asse dell'attenzione non tanto verso la individuazione della normativa applicabile, quanto, piuttosto, sulla valutazione, in termini probatori, del fatto processuale (esso stesso oggetto di prova, a norma dell'art. 187 c.p.p., comma 2) rappresentato dall'impedimento costituito dalla detenzione all'estero.

In tale prospettiva, in sé condivisibile, finisce però per confermarsi la validità dell'orientamento maggioritario. È infatti evidente che, dovendosi convenire con la tesi secondo la quale l'impedimento derivante dallo stato di privazione della libertà personale all'estero deve "risultare" al giudice procedente, dal momento che l'evento impeditivo, come fatto esterno al processo, in tanto può produrre effetti in quanto l'autorità giudiziaria sia messa in condizione di apprezzarne probatoriamente la sussistenza, se ne deve dedurre che allo stesso regime "probatorio" deve sottostare l'accertamento del venir meno della condizione di latitante agli effetti delle notificazioni degli atti. Sarebbe, infatti, davvero paradossale che il diritto dell'imputato a partecipare al proprio processo fosse subordinato a presupposti più rigorosi di quelli in ipotesi previsti per il regime delle relative notificazioni, assegnando soltanto a queste un margine di garanzie più elevato, quando le notificazioni sono ontologicamente "serventi" rispetto proprio all'esercizio del diritto di partecipazione al processo. In altri termini, il diritto di partecipare al processo – e, dunque, la libertà di scelta se essere o meno presente – deve essere strutturalmente modulato in termini corrispondenti al regime degli strumenti ad esso funzionali, come, appunto, le notificazioni degli atti: istituto che, per definizione, mira a consentire l'esercizio di diritti e facoltà endoprocessuali.

Pertanto, se l'impedimento alla partecipazione (l'arresto all'estero) deve "risultare" dagli atti, allo stesso modo deve "risultare" dagli atti la perdita del-

la condizione di latitante agli effetti del regime delle notificazioni. Il tutto, ovviamente, senza trascurare la circostanza, più volte sottolineata, che la latitanza – ove correttamente dichiarata – presuppone la volontarietà della sottrazione alle ricerche ed al processo, con la conseguenza che il regime delle relative notificazioni sconta – a differenza dell'irreperibile "inconsapevole" – la conoscenza del processo e della "sostanza" della accusa.

Tutto ciò non toglie, però, che il necessario coordinamento che deve instaurarsi fra le forze di polizia, e tra queste e l'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento restrittivo dal quale è insorto lo stato di latitanza, comporti – proprio perché le ricerche e le indagini relative proseguono fintanto che perdura quello *status* – la predisposizione di adeguati strumenti conoscitivi che permettano alle autorità giudiziarie nazionali di venire prontamente rese edotte in merito all'arresto avvenuto all'estero della persona ricercata. Trattandosi, infatti, di evento che determina automaticamente la eliminazione del nominativo dal bollettino dei ricercati, se ne deve dedurre che – specie alla luce degli odierni strumenti informativi e di cooperazione internazionale – un siffatto evento debba essere immediatamente comunicato alla autorità giudiziaria comunque interessata al fatto, dal momento che – in mancanza – si determinerebbe uno iato nell'ambito dei doveri di informativa che incombono sulla polizia giudiziaria incaricata della ricerca e cattura dei latitanti. Viene dunque in discorso, a tal riguardo, l'utilizzazione delle informative desumibili dal Sistema informativo previsto dalla Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, resa esecutiva in Italia con la L. 30 settembre 1993, n. 338, ovvero dall'Interpol, per i Paesi che non aderiscono a quell'Accordo, e, più in generale, di tutti gli elementi di carattere informativo che possano comunque acquisirsi in sede di collaborazione e assistenza giudiziaria o fra le forze di polizia.

In relazione al secondo quesito, Le Sezioni unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*La cessazione dello stato di latitanza, a seguito di arresto avvenuto all'estero in relazione ad altro procedimento penale, non implica la illegittimità delle successive notificazioni eseguite nelle forme previste per l'imputato latitante dall'art. 165 c.p.p., qualora essa non sia stata portata a conoscenza del giudice procedente. È peraltro compito della polizia giudiziaria, cui spetta l'esecuzione delle ricerche della persona in stato di latitanza, di procedere alla costante verifica di tutte le informazioni desumibili, fra l'altro, dai sistemi informativi nazionali ed internazionali e di comunicare prontamente alla autorità giudiziaria procedente l'eventuale arresto avvenuto all'estero della persona ricercata*».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza del 14 aprile 2014 (ud. 27 marzo 2014),
n. 16208

Reato continuato e divieto di *reformatio in peius* in sede di giudizio di rinvio

Non incorre nella violazione del divieto di reformatio in peius il giudice di rinvio che – individuato il reato più grave a norma dell'art. 81 comma 2 c.p., in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di cassazione, pronunciata su ricorso del solo imputato – apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore della pena rispetto a quello stabilito dal primo giudice, pur non irrogando una pena di entità complessivamente maggiore.

* * *

La delicata questione di diritto rimessa alle Sezioni unite riguarda il seguente quesito: «*se violi o meno il divieto di reformatio in peius di cui all'art. 597 c.p.p., comma 3, il giudice di rinvio che, individuata la violazione più grave a norma dell'art. 81 c.p., comma 2, in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di cassazione, apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore*».

Primo indirizzo delle sez. un. William Morales

Il punto di partenza della disamina condotta dalla Sezione rimettente in ordine alle diverse prospettive ermeneutiche secondo le quali si è articolata la giurisprudenza di legittimità a proposito della questione devoluta alle Sezioni unite, è rappresentato dalla sentenza sez. un., n. 40910 del 27 settembre 2005, William Morales, Rv. 232066, dichiaratamente posta in una linea di continuità con quanto già affermato nelle sentenze sez.un., n. 4460 del 19 gennaio 1994, Cellerini, Rv. 196894 e sez. un., n. 5978 del 12 maggio 1995, Pellizzoni, Rv. 201034. Questa decisione, infatti, pur non occupandosi dello specifico tema della applicazione del divieto di *reformatio in peius* al reato continuato, ha tuttavia enunciato in modo netto il principio generale secondo cui la regola riguarda non solo l'entità complessiva della pena, ma anche tutti gli elementi che concorrono alla determinazione di quest'ultima.

La pronuncia in esame osservò, infatti, che «la previsione normativa secondo cui l'appello attribuisce al Giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, non si limita a circoscrivere l'ambito oggettivo entro cui il giudice di secondo grado può operare, ma, con l'esplicito riferimento ai "motivi proposti", lascia chiaramente intendere che, entro quell'ambito oggettivo, la decisione non può che essere nel senso dell'accoglimento o della reiezione, in tutto o in parte, dei suddetti motivi, i quali, a loro volta, come è dato rilevare dal testuale

tenore dell'art. 581 c.p.p., sono strettamente collegati alle richieste, cioè al *petitum* sostanziale dell'impugnazione, rappresentando, rispetto ad esso, per mutuare le categorie civilistiche, l'equivalente della *causa petendi*».

A fronte di tali ineludibili *dicta*, la giurisprudenza successiva – secondo i Giudici Ermellini – ha fatto mostra di aderire generalmente al principio secondo cui il limite stabilito dal divieto di *reformatio in peius* si riferisce non solo alla pena complessiva, ma anche ai singoli elementi che la compongono.

Secondo indirizzo:

Non mancano pronunce che tendono a discostarsi dal principio enunciato dalle Sezioni unite William Morales circa il funzionamento della regola, nella ipotesi in cui il giudice di appello o di rinvio debba individuare nuovamente il reato più grave per il proscioglimento dell'imputato dall'addebito precedentemente ritenuto tale, e che, in simili casi, applica il divieto come preclusione per il nuovo giudice di fissare una pena-base più elevata di quella fissata nel giudizio anteriore.

Nella ipotesi, invece, in cui nel nuovo giudizio non sia mutata l'individuazione del reato più grave, il divieto di *reformatio in peius* è stato applicato secondo un parametro di assoluta identità dei singoli elementi di calcolo della pena complessiva (tra le tante, sez. VI, n. 45866 del 15 maggio 2012, Costanzo, Rv. 254129; sez. I, n. 42132 del 26 settembre 2012, Stassi, Rv. 253612; sez. II, n. 28042 del 05 aprile 2012, Vannucci, Rv. 253245). Criterio, questo, ritenuto operante tanto nel caso in cui si trattasse di rideterminare la pena-base relativa al reato più grave (sez. IV, n. 37980 del 03 giugno 2008, Ahrad, Rv. 241216), quanto nella eventualità in cui dovessero essere rideterminati i segmenti di pena inerenti alle circostanze (*ex plurimis*, sez. IV, n. 47341 del 28 ottobre 2005, Salah, Rv. 233177) o quelli concernenti i reati-satellite (sez. II, n. 28042 del 2012, Vannucci, cit.; sez. V, n. 39373 del 21 settembre 2011, Costantini, Rv. 251521; sez. VI, n. 41625 del 07 ottobre 2009, Tfara, Rv. 245015).

Terzo orientamento, ancorché minoritario è quello che sembra porsi in termini non sintonici rispetto alla tesi affermata dalle Sezioni Unite, anche se le relative pronunce non hanno dichiaratamente posto in luce l'esistenza del contrasto (sez. II, n. 36219 del 16 giugno 2011, Signoretta, Rv. 251161; sez. III, n. 25606 del 24 marzo 2010, Capolino, Rv. 247739; sez. I, n. 13702 del 13 marzo 2007, Santapaola, Rv. 236433).

L'argomento addotto a sostegno della applicazione del divieto di *reformatio in peius* soltanto al risultato finale della operazione di computo della pena, e non anche ai criteri di determinazione "frazionata" della stessa ed ai relativi calcoli di pena-base o intermedi, è stato essenzialmente quello secondo cui il limite in questione "concerne la parte dispositiva della sentenza e non si estende alla motivazione nella cui formulazio-

ne il giudice non può subire condizionamenti”. Si è al riguardo pure puntualizzato che “il computo della pena è esplicazione di un potere discrezionale del quale il giudicante deve dare conto al fine di consentire alla Corte di cassazione, di esercitare la funzione di controllo che le è propria. Una volta che, però, si rinvienga una motivazione aderente ai dati processuali e che giunga a conclusioni che non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico, esse non sono censurabili in cassazione” (sez. III, n. 25606 del 2010, Capolino, cit.).

A prospettive ricostruttive meno incerte la giurisprudenza è pervenuta nella ipotesi in cui nel nuovo giudizio sia mutata la individuazione del reato più grave, giacché in una simile eventualità si è di regola escluso che la rideterminazione della pena del nuovo reato più grave in termini peggiorativi rispetto a quelli fissati per il medesimo reato quale reato-satellite dal giudice precedente contrasti con il divieto di *reformatio in peius* (tra le tante, sez. VI, n. 4162 del 07 novembre 2012, dep. 2013, Ancona, Rv. 254263; sez. V, n. 12136 del 02 dicembre 2011, Mannavola, Rv. 252699; sez. IV, n. 41585 del 04 novembre 2010, Pizzi, Rv. 248549; sez. VI, n. 18301 dell’11 maggio 2010, Benadras, Rv. 247013; sez. I, n. 41310 del 07 ottobre 2009, Huang, Rv. 245042). Il nucleo della tesi secondo la quale è consentito al giudice procedere alla rideterminazione della pena per il nuovo reato più grave senza tenere conto di quella irrogata per lo stesso reato come satellite, è generalmente individuato nel dissolversi della sequenza sanzionatoria e dei relativi parametri di commisurazione, insiti nel fenomeno del reato continuato, sottolineandosi, al riguardo, come, in ipotesi di mutamento della fattispecie più grave, venga meno la stessa “unità ontologica della ritenuta continuazione, nella sua struttura costituita dal reato già individuato più grave e dai reati-satellite” (sez. VI, n. 31266 del 16 giugno 2009, Buscemi, Rv. 244793). Si è anche aggiunto che lo “scioglimento della continuazione o del concorso formale, qualora determini la elisione della pena già fissata per il reato base, fa ... acquistare ai reati-satellite la loro autonomia, il che comporta che le pene devono essere nuovamente fissate per i singoli reati secondo la loro astratta previsione” (sez. I, n. 46533 dell’11 ottobre 2005, Pesce, Rv. 232980).

A fronte, peraltro, di una *regula iuris* declinata in termini sostanzialmente sintonici, la platea delle decisioni finisce poi per divergere non poco allorché le pronunce si impegnano nel definire l’estensione del potere del nuovo giudice nella rideterminazione, in concreto, del trattamento sanzionatorio.

In alcune circostanze, infatti, si afferma che la nuova pronuncia, se “non potrà irrogare nel complesso una pena superiore a quella precedentemente irrogata per tutti i reati, compreso quello eliminato, potrà e dovrà procedere ad una determinazione della pena per i reati residui maggiore di quella fissata ai fini dell’aumento

ai sensi dell’art. 81 c.p.”, dal momento che il divieto sancito dalla sentenza delle Sezioni unite William Morales relativo anche ai calcoli intermedi può trovare applicazione “soltanto nelle ipotesi in cui il reato continuato conservi anche nel giudizio di impugnazione la sua entità ontologica” (sez. VI, n. 31266 del 2009, Buscemi, cit.; in senso sostanzialmente analogo sez. VI, n. 18301 del 2010, Benadras, cit.; sez. I, n. 32621 del 16 giugno 2009, Amoriello, Rv. 244299; sez. V, n. 12136 del 2011, Mannavola, cit.).

In altre circostanze si è invece ritenuto che la regola del divieto di *reformatio in peius* debba essere in tal caso “letta nel senso che il giudice di rinvio non può irrogare una pena che, per specie e quantità, costituisca un aggravamento di quella individuata, nel giudizio precedente all’annullamento parziale, quale base per il computo degli aumenti *ex art. 81 c.p.*” (sez. I, n. 28862 del 18 giugno 2008, Giunta, Rv. 240461; sez. VI, n. 4162 del 2013, Ancona, cit.). Una linea, questa, nella quale sembra iscriversi l’orientamento secondo cui sarebbe possibile fissare una nuova pena-base in misura superiore al minimo edittale, pur se quella precedente – sebbene più elevata – fosse parametrata a tale limite, sul rilievo che in una ipotesi siffatta non si tratterebbe “di rideterminare un elemento per il calcolo della pena, già presente nella sentenza di primo grado, bensì di esercitare un nuovo potere discrezionale di determinazione della pena-base per un reato diverso da quello ritenuto nella sentenza appellata” e che, quindi, “in questo caso la valutazione del giudice è libera, con il solo limite di non superare la pena-base per il reato ritenuto in primo grado ovvero con l’obbligo di ridurre la pena qualora il reato ritenuto in appello sia meno grave (sez. V, n. 14991 del 12 gennaio 2012, Strisciuglio, non massimata sul punto).

In termini invece integralmente adesivi alle affermazioni enunciate nella sentenza William Morales si è al contrario ritenuto che anche la fissazione per il nuovo reato ritenuto più grave della medesima pena-base determinata dal giudice di primo grado per il reato da questi ritenuto più grave integrerebbe una violazione del divieto di *reformatio in peius*, in quanto contrastante col disposto dell’art. 597 c.p.p., comma 4, (sez. IV, n. 41585 del 04 novembre 2010, Pizzi, Rv. 248549. V. anche n. 41310 del 2009, Huang, cit.).

Un ulteriore significativo spunto di riflessione, ai fini di una ricomposizione del complesso quadro tracciato dalla giurisprudenza di legittimità sulla tematica che qui interessa, è stato offerto dalla recente sentenza sez. un., n. 33752 del 18 aprile 2013, Papola, Rv. 255660, ove si è affermato il principio secondo cui il giudice di appello, dopo aver escluso una circostanza aggravante o riconosciuto un’ulteriore circostanza attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall’imputato, può, senza incorrere nel divieto di *reformatio in peius*, confermare la pena applicata in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza

tra le circostanze, purché questo sia accompagnato da adeguata motivazione. In particolare, in tale pronuncia la Corte, muovendo dalla stretta correlazione che può intravedersi tra l'effetto devolutivo dell'appello e il divieto di *reformatio in peius* ove appellante sia il solo imputato, ha osservato come il divieto stesso non possa applicarsi anche alle ipotesi derogatorie rispetto alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo, tra cui quelle previste dall'art. 597 c.p.p., comma 5, e quindi anche al giudizio di comparazione tra circostanze, per le quali l'ambito della cognizione non è condizionato dai motivi devoluti. Con specifico riferimento, poi, alla previsione dettata dall'art. 597 c.p.p., comma 4, la pronuncia in esame ne ha circoscritto la portata, rilevando che "l'obbligo di corrispondente diminuzione della pena ... è limitato all'accoglimento dell'appello dell'imputato relativo a circostanze o reati concorrenti, ossia solo – come è lecito desumere dalla stretta correlazione tra la locuzione finale (la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita) ed il precedente riferimento ai motivi accolti (se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione) – ad ipotesi interessate da un metodo di calcolo comportante mere operazioni di aggiunta od eliminazione di entità autonome di pena rispetto alla pena-base, senza accenno alcuno ad ipotesi implicanti un giudizio di comparazione".

Il caleidoscopio attraverso il quale si snodano le varie prospettive ermeneutiche secondo le quali si è mossa la giurisprudenza di legittimità, genera una gamma multiforme di approdi, che neppure i diversi interventi delle Sezioni unite sono valsi a ricondurre ad effettiva unità, malgrado la sostanziale assenza di contrasti espressamente dichiarati.

Dopo una ulteriore e approfondita analisi storica-evolutiva dell'istituto in esame, a prescindere, dunque, dal ben diverso modularsi dei vari sistemi processuali contrassegnati dal succedersi delle opere di codificazione, i connotati tipizzanti il giudizio di appello, perennemente in bilico tra la *revisio prioris instantiae* e l'azione di impugnativa, sono rimasti nella sostanza inalterati e tra questi, in particolare, il divieto di aggravamento della decisione appellata, ove il gravame sia attivato dal solo imputato. Tradizione plurisecolare, dunque, alla quale, peraltro, si sono accompagnate polemiche mai sopite, alimentate in particolare da chi, in dottrina, reputava non coerente la regola del divieto di decisione *in peius* con lo stesso principio di devoluzione, dal momento che questo, tracciando il perimetro della cognizione del giudice adito in sede di impugnazione, non ne poteva – pena una incoerenza intrinseca – reseccare il contenuto decisorio.

D'altra parte, il divieto di *reformatio in peius* ha storicamente convissuto, in "ambascioso" reciproco condizionamento, con l'altrettanto discusso istituto rappresentato dall'appello incidentale, il quale, pur se

depurato, nel codice vigente, dai profili di incostituzionalità che ne avevano contrassegnato la dimensione "soggettiva" secondo il codice abrogato, non ha cessato di ispirare atteggiamenti critici, proprio per i connotati di "rimedio-ostacolo" al pieno dispiegarsi del *favor* insito nel divieto di *reformatio in peius*. Di tutto ciò, d'altra parte, v'è fedele testimonianza nella sentenza n. 280 del 1995 della Corte costituzionale, con la quale venne appunto "salvato" l'appello incidentale, pur nell'alveo di una tradizione codicistica che ne aveva giustificato l'innesto proprio quale "antidoto" teso a bilanciare l'abuso del rimedio impugnatorio da parte dell'imputato ed il relativo corollario di *favor* rappresentato dal divieto di *reformatio in peius*.

Il Supremo Consesso evidenzia che varie sono le tesi che si sono misurate per fornire una giustificazione teorica del divieto di *reformatio in peius*, e la varietà degli accenti testimonia la opinabilità degli approdi.

Secondo alcuni, infatti, la regola in questione rappresenterebbe una manifestazione del generale diritto di difesa, nel senso che esprimendo il sistema delle impugnazioni il modulo dinamico verso il raggiungimento della verità processuale, il diritto dell'imputato a perseguire i rimedi approntati dall'ordinamento va coerentemente affrancato dal rischio di andare incontro ad un aggravamento della propria posizione. Da qui l'assunto – peraltro isolato nel panorama della giurisprudenza costituzionale – secondo il quale il divieto di *reformatio in peius* andrebbe annoverato fra i "principi fondamentali dell'ordinamento" (così Corte cost., sentenza n. 3 del 1974).

Secondo altra impostazione, il divieto in esame rinverrebbe il proprio fondamento nell'interesse ad impugnare, cui corrisponderebbe una preclusione per il giudice, il quale, anche nei confini del *devolutum*, non sarebbe libero di assumere le proprie determinazioni ove queste volgano *in peius*. Da qui i connotati di regola eccezionale, applicabile solo nei casi e nei limiti in cui essa sia espressamente prevista dalla legge.

Altri, ancora, pongono a fulcro del divieto il generale paradigma del *favor rei*, evocato, peraltro, non come principio normativo, ma quale canone informatore dell'ordinamento, insuscettibile di applicazione analogica.

Non mancano poi coloro che negano qualsiasi fondamento al principio, non derivando esso dalla struttura del giudizio di secondo grado, ma esclusivamente da una opzione legislativa, strutturalmente e funzionalmente criticabile.

Malgrado la diversità degli orientamenti, – per i Giudici del Supremo Consesso – pare plausibile ritenere che, in un modello processuale fortemente contrassegnato dalla presenza dialettica delle parti, ciascuna delle quali mossa da prospettive antagoniste, insuscettibili di reciproca "surrogazione," la domanda "impugnatoria" dell'una ragionevolmente possa contrassegnare l'oggetto – ma anche il perimetro – della

devoluzione, giacché se il *petitum* sostanziale perseguito attraverso il gravame sconta – per definizione legale tipica – l’esistenza di un “interesse” concreto ed attuale ad una soluzione più favorevole, è lo stesso principio della domanda a rendere “non eccentrica” la preclusione giurisdizionale verso soluzioni “peggiorative” rispetto alla decisione impugnata; soluzioni adottando le quali, verrebbe invece ad essere “superato” l’obiettivo perseguito dal gravame, posto che al giudice della impugnazione sarebbe consentito, non soltanto di respingere l’azione impugnatoria, ma (attraverso una sorta di eterogenesi dei fini) anche di introdurre nel panorama decisorio effetti “novativi”, dando vita ad un aggravamento (un *novum* sostanziale, quindi) della posizione dell’imputato, senza “domanda” della parte pubblica. Una scelta del legislatore, dunque, senz’altro non costituzionalmente (o convenzionalmente) imposta, ma che certo non può reputarsi costituzionalmente non compatibile o “extravagante” rispetto all’assetto delle dinamiche processuali.

In tale quadro di riferimento, dunque, è da ritenere che la regola in questione non rappresenti una deroga rispetto al generale sistema delle impugnazioni e che, pertanto, non assuma i connotati della disposizione di carattere eccezionale.

Strettamente ricordato al tema della non “eccezionalità” sistematica della regola del divieto di *reformatio in peius* è quello della relativa applicabilità anche nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento pronunciato dalla Corte di cassazione.

Come ricorda, infatti, anche l’ordinanza di rimessione, risulta ampiamente consolidato in giurisprudenza l’orientamento secondo il quale il divieto in questione trovi applicazione anche in sede di rinvio, ove impugnante sia il solo imputato. Il principio, anzi, è stato valorizzato per affermare la necessità del raffronto della decisione del giudice del rinvio non soltanto con la sentenza di secondo grado, ma anche con le altre eventuali sentenze di rinvio precedentemente pronunciate, secondo una scansione per la quale la sequenza delle impugnazioni non può determinare conseguenze “regressive” sul piano dei risultati concreti già raggiunti a seguito della progressione della regudicanda (fra le tante pronunce che si sono espresse in questo senso v. sez. II n. 3161 del 11 dicembre 2012, F., Rv. 254536; sez. I, n. 36778 del 27 settembre 2011, Della Rovere, non massimata; sez. II, n. 34557 del 08 maggio 2009, Gaeta, Rv. 245234; sez. IV, n. 38820 del 16 settembre 2008, Artico, Rv. 242119).

La base giustificativa di tale assunto è generalmente individuata nel fatto che la preclusione costituisce un principio generale, come tale applicabile a tutte le impugnazioni per le quali non sia dettata una diversa disciplina. E si è anche puntualizzato in una circostanza che “nel contesto del giudizio di rinvio dopo annullamento, questo giudice, tra le limitazioni stabilite dalla legge ai suoi poteri decisorii, a norma dell’art. 544

c.p.p. 1930, comma 5, e art. 627 c.p.p. 1988, comma 2, incontra anche quella costituita dal diritto dell’imputato, unico impugnante, al non *peius*, a non vedersi, cioè, aggravata la sua situazione sostanziale per i profili del trattamento sanzionatorio” (sez. I, n. 26898 del 22 maggio 2001, Salzano, Rv. 219920).

Il principio generale del divieto di *reformatio in peius*, con estensione al giudizio di rinvio, è stato d’altra parte ribadito dalle Sezioni unite (sent. n. 10750 del 11 aprile 2006, Maddaloni, Rv. 233729), allorché è stata affrontata la questione dell’operatività del limite in caso di annullamento della sentenza di primo o di secondo grado per effetto di una nullità che travolga l’intero giudizio. Nell’occasione, infatti, si ribadì “innanzitutto che il divieto di *reformatio in peius* deve trovare applicazione nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento pronunciato dalla Cassazione, su ricorso del solo imputato, della sentenza impugnata purché l’annullamento non travolga anche gli atti propulsivi”. Si è poi precisato che il limite non opera nei casi appena indicati perché “il concetto di *reformatio in peius* implica necessariamente l’esistenza di un termine di paragone rappresentato da una precedente sentenza, presupposto che viene a mancare quando questa sia cancellata, in quanto atto finale di un giudizio nullo, e perciò privo di effetti”. “Ben diversa – ha aggiunto la pronuncia – è la situazione quando in sede di legittimità venga ravvisato un vizio di motivazione o la sussistenza di invalidità di atti non propulsivi; in questa ipotesi la Cassazione è tenuta ad annullare in quanto non potrebbe essa stessa operare nuove valutazioni né rinnovare atti nulli ed allora assume significato parlare di applicazione del divieto di *reformatio in peius* poiché a seguito dell’annullamento si svolge una fase che fa parte del giudizio dell’impugnazione, nella quale il compito del giudice di rinvio è analogo a quello del giudice di appello e, che, al di fuori dei casi di cui all’art. 604 c.p.p., comma 4, deve rimediare agli errori logici o giuridici riscontrati nel provvedimento impugnato”.

Ma è proprio muovendo dall’analisi delle affermazioni poste a base della pronuncia da ultimo rammentata che una isolata sentenza di questa Corte è giunta ad approdi diversi da quelli cui è pervenuta la giurisprudenza di più risalente tradizione. Tenuto conto, infatti, della *ratio essendi* del principio e delle connotazioni che accomunano i rimedi impugnatori a carattere devolutivo ed al giudizio di rinvio in particolare, si è osservato come il divieto di *reformatio in peius* non possa trovare applicazione nelle ipotesi in cui – come nella vicenda qui in esame – “il giudice del rinvio debba rinnovare un giudizio che si proietta come giudizio di appello introdotto dalla impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento, giacché il giudice del rinvio è in questo caso chiamato a delibare – ed in tal senso è circoscritto il relativo *devolutum* – la correttezza o meno di quel

proscioglimento, senza soffrire le limitazioni, in punto di trattamento sanzionatorio, che invece gli si offriva non ove l'oggetto del suo giudizio di appello fosse uno statuto di condanna, impugnato dal solo imputato. In sostanza, poiché il giudice del rinvio, a norma dell'art. 627 c.p.p., comma 2, opera con gli stessi poteri del giudice la cui sentenza è annullata, e poiché il divieto di *reformatio in peius* è coniato ed opera per il giudice di appello, a norma dell'art. 597 c.p.p., comma 3, solo a fronte di una pregressa pronuncia appellata dal solo imputato, ne deriva che tale divieto deve escludersi ove la sentenza di appello annullata con rinvio sia stata pronunciata a seguito di impugnazione proposta dal pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento. L'oggetto del giudizio del giudice del rinvio è dunque rappresentato, in un frangente come quello qui in esame, dalla sentenza di primo grado per come appellata dal pubblico ministero: una evenienza, quindi, che si pone – ad avviso della pronuncia qui in esame – quale ontologica *contradictio in adiecto* rispetto a qualsiasi divieto di *reformatio in peius*, proprio alla luce del principio di devoluzione. Né è a dirsi – si è pure puntualizzato che il mancato ricorso per cassazione da parte del rappresentante della pubblica accusa possa atteggiarsi alla stregua di acquiescenza alla condanna poi annullata, cristallizzandone il relativo trattamento sanzionatorio, posto che la determinazione della pena, ancorché reputata non congrua dal pubblico ministero (cosa che lo avrebbe legittimato ad appellare), non per questo assume connotazioni di illegittimità devolvibili in cassazione: con l'ovvia conseguenza di rendere concettualmente incongrua qualsiasi pretesa che fondasse sul mancato ricorso del pubblico ministero una sorta di volontà di non reclamo, tale da produrre effetti analoghi a quelli previsti dal richiamato art. 597 c.p.p., comma 3" (sez. II, n. 8124 del 15 febbraio 2012, Colturi, Rv. 252482).

L'assunto, che risulterebbe pregiudizialmente risolutivo della questione sottoposta all'esame di queste Sezioni unite, non si ritiene, tuttavia, possa essere qui recepito, dal momento che la tesi ivi esposta, a quanto consta del tutto nuova nel panorama della giurisprudenza di legittimità formatasi sotto la vigenza del nuovo codice, richiede ulteriori approfondimenti, muovendosi la stessa, come già si è accennato, secondo coordinate non sintoniche rispetto al diverso e più sedimentato orientamento interpretativo che invece ammette la sussistenza del divieto in esame anche nel giudizio di rinvio.

Un primo aspetto che sembra necessario porre in rilievo ai fini della soluzione del quesito sottoposto all'esame delle Sezioni unite, riguarda, anzitutto, la disamina dei tratti tipizzanti del "fenomeno" (il reato continuato) che costituisce l'oggetto su cui deve commisurarsi il raffronto tra i trattamenti sanzionatori, e che, dunque, rappresenta il "meccanismo" normativo la cui applicazione non può generare effetti deteriori

in capo all'imputato, unico appellante. La sentenza William Morales, si è più volte detto, non si accontenta del "non peggioramento" della entità complessiva della pena, ma pretende che il principio del divieto di *reformatio in peius* si applichi anche a tutti gli elementi che concorrono alla determinazione di questa: non viene quindi in discorso un semplice confronto fra pene, ma occorre procedere ad un raffronto tra i segmenti che vengono a comporre quella sequenza; nessuna logica "manipolatoria" può quindi consentire non domandati (e quindi non consentiti) aumenti di pena riferiti ad ogni singola regiudicanda attratta nel cumulo giuridico, anche nella ipotesi in cui tali aumenti vengano poi, per così dire, compensati attraverso altre operazioni intermedie che permettano di non aggravare, rispetto allo statuto sanzionatorio adottato dal primo giudice, il trattamento finale.

Ma il fenomeno della continuazione è realtà normativa che può ricevere una lettura unitaria (o unificante) ovvero atomistica a seconda delle prospettive che si intendono perseguire. Da un punto di vista strutturale, infatti, il reato continuato rappresenta una particolare figura di concorso materiale dei reati, unificati dalla identità del disegno criminoso e assoggettati al cumulo giuridico delle pene, secondo il meccanismo sanzionatorio previsto per il concorso formale: vale a dire, la pena prevista per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, (a proposito della determinazione del reato più grave e della disamina delle variegiate prospettive che ruotano attorno al complesso fenomeno della continuazione, v., da ultimo, sez. un., n. 25939, del 28 febbraio 2013, Ciabotti). La unificazione delle pene è, dunque, un tratto caratteristico della continuazione: prescelto il reato più grave, quelli satellite perdono la loro individualità sanzionatoria, in caso di concorso fra pene eterogenee, divenendo semplici componenti di un aumento di pena, al punto da riacquistare la loro "identità" solo agli effetti della determinazione del limite agli aumenti, che non deve comunque superare quello del cumulo materiale, a norma dell'art. 81 c.p., comma 3.

Ma da qui – secondo le Sezioni unite – già scaturisce un primo dato di riflessione.

L'applicazione del cumulo giuridico ed il corollario del meccanismo di unificazione del trattamento sanzionatorio, presuppongono la individuazione dei termini che compongono il cumulo e la determinazione di un certo ordine della sequenza. Se muta uno dei termini (vale a dire, una o più delle regiudicande cumulate o il relativo "bagaglio" circostanziale) oppure l'ordine di quella sequenza (la regiudicanda-satellite diviene la più grave o muta la qualificazione giuridica di quella più grave), sarà lo stesso meccanismo di unificazione a subire una "novazione" di carattere strutturale, non permettendo più di sovrapporre la nuova dimensione strutturale a quella oggetto del precedente giudizio, giacché, ove così fosse, si introdurrebbe una

regola di invarianza priva di qualsiasi logica giustificazione.

In tali casi, pertanto, l'unico elemento di confronto non può che essere rappresentato dalla pena finale, dal momento che è solo questa che "non deve essere superata" dal giudice del gravame:

esattamente come non potrebbe comunque essere superata una pena determinata dal primo giudice *in mitius*, anche se *contra legem*.

D'altra parte, se, come si è dianzi accennato, il procedimento attraverso il quale si realizza il cumulo giuridico prende in considerazione una specifica *relatio* tra un *quantum* di pena-base (che si determina sulla falsariga dell'editto stabilito per il reato più grave) ed un *quantum* di aumento per ciascuno dei reati-satellite, è evidente che non si può stabilire alcun termine di comparazione rispetto agli aumenti determinati dal primo giudice se è la stessa base di commisurazione che cambia: altro è aumentare di un terzo una certa pena, altro è stabilire lo stesso aumento, parametrato, però, su un trattamento sanzionatorio qualitativamente o quantitativamente diverso. In una prospettiva siffatta, quindi, non possono neppure porsi problemi relativi alla verifica (come alcune pronunce di questa Corte paiono suggerire) di una ipotetica proporzionalità tra le decisioni di primo e secondo grado, giacché nulla consente di ritenere imposto al secondo giudice – e men che mai un simile corollario può reputarsi derivante dal divieto che viene qui in discorso – di stabilire come pena-base il minimo editto previsto per il nuovo reato ritenuto più grave, ove il primo giudice a quel limite si sia attenuto nella determinazione della pena base. Il *dictum* della sentenza William Morales, che va qui riaffermato, vale, pertanto, solo nella ipotesi in cui il giudice dell'appello o del rinvio sia chiamato a giudicare della stessa sequenza di reati avvinti dal cumulo giuridico, giacché in tal caso rinviene adeguata giustificazione la preclusione a non rivedere in termini peggiorativi non soltanto l'esito finale del meccanismo normativo di quantificazione del cumulo, ma anche i singoli parametri di commisurazione di ciascun segmento che compone quel cumulo.

D'altronde, se l'appello comporta un nuovo giudizio su qualche punto che si riflette sulla determinazione della pena, allo stesso modo di come il nuovo giudizio di comparazione tra circostanze, al lume della citata sentenza Papola, non soffre condizionamenti in ragione di quello condotto in primo grado, anche in ipotesi di eliminazione di una aggravante o di riconoscimento di una attenuante, anche il nuovo giudizio sugli aumenti a titolo di continuazione non è vincolato dalle determinazioni assunte al riguardo dal primo giudice, se cambia il titolo del reato più grave ed il relativo trattamento sanzionatorio assunto come pena-base.

Per altro verso, una implicita conferma di quanto sin qui si è osservato la si può desumere anche dalla

stessa particolare previsione dettata – come elemento "rafforzativo" del divieto di *reformatio in peius* – dall'art. 597 c.p.p., comma 4. Stabilendosi, infatti, il principio in virtù del quale se è accolto l'appello dell'imputato in relazione a circostanze o reati concorrenti, anche se unificati dalla continuazione, la pena "complessivamente irrogata" è "corrispondentemente diminuita", il legislatore ha preso in considerazione, come termine di riferimento e vincolo per il nuovo giudice, soltanto la pena complessiva e non certo i singoli segmenti – o passaggi di giudizio – che hanno concorso a determinare quella pena; in tal modo finendo per accreditare la logica che il nuovo giudizio sul punto, conta solo, agli effetti che qui interessano, nel suo approdo conclusivo.

Dopo aver ripercorso sinteticamente le diverse opzioni prospettate in rapporto al fondamento giuridico del divieto di *reformatio in peius* le Sezioni unite hanno statuito il seguente principio di diritto «*non viola il divieto di reformatio in peius di cui all'art. 597 c.p.p., comma 3, il giudice di rinvio che, individuata la violazione più grave a norma dell'art. 81 cpv. c.p., in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di cassazione, pronunciata su ricorso del solo imputato, apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore*».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 05 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014),
n. 10561

Confisca diretta o per equivalente nei confronti di beni di una persona giuridica

È consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica.

Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio;

Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato;

La impossibilità del sequestro del profitto di reato può essere anche solo transitoria, senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato.

* * *

La questione rimessa all'esame delle Sezioni unite che può così riassumersi: «*Se sia possibile o meno disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta o per equivalente nei confronti di beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante o da altro organo della stessa*».

La risoluzione di tale questione presuppone una disamina della disciplina della confisca del profitto di reato (e del sequestro preventivo finalizzato alla confisca stessa) nei reati tributari.

Va ricordato che il reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 10-ter), che si consuma con il mancato pagamento dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore ad Euro cinquantamila, entro la scadenza del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo di imposta dell'anno successivo, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con il d.lgs. n. 471 del 1997, art. 13, comma 1, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico dell'imposta entro il mese successivo a quello di maturazione del debito mensile I.V.A., con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni (sez. un., n. 37424 del 28 marzo 2013, Romano, Rv. 255757).

L'art. 1, comma 143, legge 24 dicembre 2007, n. 244 prevede «*Nei casi di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322-ter c.p.*».

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che, in tema di reati tributari, il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, può essere disposto non soltanto per il prezzo, ma anche per il profitto del reato. (sez. III, n. 35807 del 07 luglio 2010, Bellonzi, Rv. 248618. In motivazione la Corte ha precisato che l'integrale rinvio alle disposizioni di cui all'art. 322-ter c.p., contenuto nella l. n. 244 del 2007, art. 1, comma 143, consente di affermare che, con riferimento ai reati tributari, trova applicazione non solo il primo ma anche il comma 2, della norma codicistica).

La stessa Terza Sezione ha successivamente precisato che il principio rimane valido anche dopo le modifiche apportate all'art. 322-ter c.p., dalla l. n. 190 del 2012 (sez. III, n. 23108 del 23 aprile 2013, Nacci, Rv. 255446).

Stante l'espresso richiamo, contenuto nell'art. 322-ter c.p., alla confisca diretta, è all'evidenza applicabile altresì la confisca di cui all'art. 240 c.p., al profitto di reato.

Quanto alla determinazione del profitto in tema di reati tributari, il profitto, confiscabile anche nella forma per equivalente, è costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione del reato e può, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario. (sez. un., n. 18374 del 31 gennaio 2013, Adami, Rv. 255036 in tema di reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, art. 11).

Nello stesso senso è stato chiarito che, in tema di reati tributari, il profitto, confiscabile anche nelle forme per equivalente, del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, art. 11, va individuato nella riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio su cui il fisco ha diritto di soddisfarsi e, quindi, nella somma di denaro la cui sottrazione all'erario viene perseguita, non importa se con esito favorevole o meno, attesa la struttura di pericolo del reato (sez. III, n. 33184 del 12 giugno 2013, Abrusci, Rv. 256850; conf. nn. 33185, 33186, 33187, 33188 del 2013 non massimate).

Va anzitutto sottolineato che la confisca diretta del profitto di reato è istituto ben distinto dalla confisca per equivalente.

Deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta.

La giurisprudenza di legittimità ha infatti affermato che, nel caso in cui il profitto del reato di concussione sia costituito da denaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'art. 322-ter c.p., comma 1, il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato. (sez. VI, n. 30966 del 14 giugno 2007, Puliga, Rv. 236984).

Qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare. (sez. III, n. 1261 del 25 settembre 2012, dep. 2013, Marseglia, Rv. 254175. Fattispecie in tema di reati tributari).

È pertanto ammissibile il sequestro preventivo, ex art. 321 c.p.p., qualora sussistano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di nascondere con il più semplice degli artifici. (sez. VI, n. 23773 del 25 marzo 2003, Madaffari, Rv. 225757).

Infatti, in tema di sequestro preventivo, nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa. (sez. II, n. 45389 del 06 novembre 2008, Perino, Rv. 241973).

La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., comma 2, il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. (sez. VI, n. 4114 del 21 ottobre 1994, dep. 1995, Giacalone, Rv. 200855. Affermando siffatto principio la Cassazione ha ritenuto che legittimamente fosse stato disposto dal G.I.P. il sequestro preventivo di un appartamento che, in base ad elementi allo stato apprezzabili, era risultato acquistato con i proventi del reato di concussione).

Le Sezioni unite avevano, del resto, ritenuto che, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca prevista dall'art. 322-ter c.p., costituisce "profitto" del reato anche il bene immobile acquistato con somme di danaro illecitamente conseguite, quando l'impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all'autore di quest'ultimo. (sez. un., n. 10280 del 25 ottobre 2007, dep. 2008, Miragliotta, Rv. 238700: fattispecie in tema di concussione nella quale il danaro era stato richiesto da un ufficiale di p.g. per l'acquisto di un immobile).

In tutte le ipotesi sopra richiamate non si è in presenza di confisca per equivalente ma di confisca diretta del profitto di reato, possibile ai sensi dell'art. 240 c.p., ed imposta dall'art. 322-ter c.p., prima di procedere alla confisca per equivalente del profitto di reato.

La confisca del profitto di reato è possibile anche nei confronti di una persona giuridica per i reati commessi dal legale rappresentante o da altro organo della persona giuridica, quando il profitto sia rimasto nella disponibilità della stessa.

A tale riguardo va infatti rammentato che, a norma del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 6, comma 5, anche nei confronti degli enti per i quali non sia applicabile la confisca-sanzione di cui all'art. 19 dello stesso decreto per essere stati efficacemente attuati i modelli organizzativi per impedire la commissione di reati da parte dei rappresentanti dell'ente, è "comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente". Si tratta, come è evidente, di una previsione di carattere generale che

impone la confisca, diretta o per equivalente, del profitto derivante da reato, secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la "irresponsabilità" dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, che comunque ha determinato una illegittima locupletazione per l'ente, ad "obiettivo" vantaggio del quale il reato è stato commesso dal suo rappresentante. Nel rimarcare la peculiarità di tale figura di confisca, infatti, questa Corte non ha mancato di sottolineare che "in questo specifico caso, dovendosi – di norma – escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito" (cfr. sez. un., n. 26654 del 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a., Rv. 239925).

Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente è legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, ovvero quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione. (sez. III, n. 30930 del 05 maggio 2009, Pierro, Rv. 244934).

Sotto questo profilo – affermano i Giudici Ermellini – è necessario tuttavia chiarire che, versandosi in materia di misura cautelare reale, non è possibile pretendere la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato, giacché, durante il tempo necessario per l'espletamento di tale ricerca, potrebbero essere occultati gli altri beni suscettibili di confisca per equivalente, così vanificando ogni esigenza di cautela.

Infatti, quando il sequestro interviene in una fase iniziale del procedimento, non è, di solito, ancora possibile stabilire se sia possibile o meno la confisca dei beni che costituiscono il prezzo od il profitto di reato, previa loro certa individuazione.

È perciò legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni costituenti profitto illecito anche quando l'impossibilità del loro reperimento sia anche soltanto transitoria e reversibile, purché sussistente al momento della richiesta e dell'adozione della misura. (sez. II, n. 2823 del 10 dicembre 2008, dep. 2009, Schiattarella, Rv. 242653).

Del resto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, ex art. 322-ter c.p., del profitto del reato può essere disposto anche solo parzialmente nella forma per equivalente, qualora non tutti i beni costituenti l'utilità economica tratta dall'attività illecita risultino individuabili. (sez. II, n. 11590 del 09 febbraio 2011, Sciammetta, Rv. 249883).

Si deve invece ritenere – secondo il Supremo Consesso – che non sia possibile la confisca per equivalente

di beni della persona giuridica per reati tributari commessi da suoi organi, salva l'ipotesi in cui la persona giuridica stessa sia in concreto priva di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso cui l'amministratore agisca come effettivo titolare, come affermato in numerose pronunzie (sez. III, n. 42476 del 20 settembre 2013, Salvatori, Rv. 257353; sez. III, n. 42638 del 26 settembre 2013, Preziosi; sez. III, n. 42350 del 10 luglio 2013, Stigelbauer, Rv. 257129; sez. III, n. 33182 del 14 maggio 2013, De Salvia, Rv. 255871, già citata; sez. III, n. 15349 del 23 ottobre 2012, dep. 2013, Gimeli, Rv. 254739; sez. III, n. 1256 del 19 settembre 2012, dep. 2013, Unicredit s.p.a., Rv. 254796; sez. III, n. 33371 del 04 luglio 2012, Failli; sez. III, n. 25774 del 14 giugno 2012, Amoddio, Rv. 253062; sez. VI, n. 42703 del 12 ottobre 2010, Giani).

In una simile ipotesi, infatti, la trasmigrazione del profitto del reato in capo all'ente non si atteggia alla stregua di trasferimento effettivo di valori, ma quale espediente fraudolento non dissimile dalla figura della interposizione fittizia; con la conseguenza che il denaro o il valore trasferito devono ritenersi ancora pertinenti, sul piano sostanziale, alla disponibilità del soggetto che ha commesso il reato, in "apparente" vantaggio dell'ente ma, nella sostanza, a favore proprio.

Le Sezioni unite non ritengono fondato il diverso orientamento espresso in talune pronunzie.

La tesi della possibilità di procedere alla confisca per equivalente in capo alla persona giuridica per reati tributari attribuiti al legale rappresentante è stata sostenuta sull'assunto che tale possibilità "deriva proprio dal rapporto organico esistente tra il soggetto indagato ... e detta società" (così sez. III, n. 26389 del 09 giugno 2011, Occhipinti, Rv. 250679), ovvero sull'assunto 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 di esso" (così sez. III, n. 17485 del 11 aprile 2012, Maione, n.m.).

Inoltre è stato affermato che è possibile la confisca per equivalente dei beni della società, allorché l'autore del reato ne abbia la disponibilità (sez. III, n. 28731 del 07 giugno 2011, Società cooperativa Burlando, n.m.).

Il primo argomento trascura che il rapporto fra ente ed un suo organo, di per sé, non è suscettibile di fondare l'estensione della confisca per equivalente, che si basa su specifiche disposizioni di legge, tanto più che è persino possibile che la persona giuridica, attraverso altri organi, promuova azione di responsabilità verso il suo amministratore che l'ha esposta a responsabilità (civile) conseguente a reato.

Il secondo argomento da presupposto quello che dovrebbe essere dimostrato e cioè che la società sia concorrente nel reato.

Nel vigente ordinamento, è prevista solo una responsabilità amministrativa e non una responsabilità penale degli enti (ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), sicché comunque la società non è mai autore del reato e concorrente nello stesso.

In ogni caso il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto la responsabilità amministrativa degli enti conseguente a reato, non contempla i reati tributari fra quelli per cui è prevista tale responsabilità amministrativa della persona giuridica.

La confisca per equivalente sui beni della società non può fondarsi neppure sull'assunto che l'autore del reato ne abbia la disponibilità in quanto amministratore (salva sempre l'ipotesi in cui la società sia un mero schermo fittizio), essendo tale disponibilità nell'interesse dell'ente e non dell'amministratore.

Sul punto è sufficiente rilevare – sostengono i Giudici Supremi – che l'eventuale appropriazione indebita di beni della persona giuridica da parte di un amministratore può integrare il reato di cui all'art. 646 c.p., aggravato ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 11, e quindi perseguibile d'ufficio, stante la distinzione fra il patrimonio della persona giuridica e quello dei suoi amministratori.

Una volta esclusa la fondatezza di tali argomenti, è necessario verificare se vi sia una base normativa per la confisca per equivalente in capo alla persona giuridica per i reati tributari commessi dai suoi organi.

Anzitutto, come già notato, tale confisca (ed il sequestro alla stessa finalizzato) non può avvenire ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 19, ove si proceda per le violazioni finanziarie commesse dal legale rappresentante della società, atteso che l'art. 24 e ss., del citato d.lgs. non prevedono i reati fiscali tra le fattispecie in grado di giustificare l'adozione del provvedimento, con esclusione dell'ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti (sez. III, n. 1256 del 19 settembre 2012, dep. 2013, Unicredit, Rv. 254796).

La l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 143, non contiene una previsione autonoma di confisca per equivalente, ma si limita a richiamare l'art. 322-ter c.p.

La confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica non può fondarsi neppure sull'art. 322-ter c.p., dal momento che la citata disposizione si applica all'autore del reato e, come si è detto, la persona giuridica non può essere considerata tale.

L'art. 11 della legge 16 marzo 2006, n.146, che prevede la confisca obbligatoria, anche per equivalente, per i reati di cui all'art. 3 della stessa legge, cioè i reati transnazionali, non riguarda l'ipotesi della quale ci si occupa nel presente procedimento.

Si deve altresì escludere che sia possibile una interpretazione analogica delle citate disposizioni.

L'analogia sarebbe *in malam partem* e come tale non consentita in sede penale.

Infatti le Sezioni unite hanno già chiarito che la confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari dalla l. 27 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 143, ha natura eminentemente sanzionatoria (sez. un., n. 18374 del 31 gennaio 2013, Adami, Rv. 255037).

Le Sezioni unite sono consapevoli che la situazione normativa delineata presenta evidenti profili di irrazionalità, oltre che per gli aspetti già segnalati nell'ordinanza di rimessione, anche perché il mancato inserimento dei reati tributari fra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto la l. n. 244 del 2007, art. 1, comma 143.

Infatti è possibile, attraverso l'intestazione alla persona giuridica di beni non direttamente riconducibili al profitto di reato, sottrarre tali beni alla confisca per equivalente, vanificando o rendendo più difficile la possibilità di recupero di beni pari all'ammontare del profitto di reato, ove lo stesso sia stato occultato e non vi sia disponibilità di beni in capo agli autori del reato. Dovendosi anche sottolineare come la stessa logica che ha mosso il legislatore nell'introdurre la disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti finisca per risultare non poco compromessa proprio dalla mancata previsione dei reati tributari tra i reati-presupposto nel d.lgs. n. 231 del 2001, considerato che, nel caso degli enti, il rappresentante che ponga in essere la condotta materiale riconducibile a quei reati non può che aver operato proprio nell'interesse ed a vantaggio dell'ente medesimo.

Tale irrazionalità non è peraltro suscettibile di essere rimossa sollevando una questione di legittimità costituzionale, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale secondo la quale l'art. 25 Cost., comma 2, deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore. (sez. un., n. 38691 del 25 giugno 2009, Caruso, Rv. 244189).

Le Sezioni unite non mancano di segnalare tali irrazionalità ed auspicare un intervento del legislatore, volto ad inserire i reati tributari fra quelli per i quali è configurabile responsabilità amministrativa dell'ente ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Alla luce dell'analisi condotta, le Sezioni unite hanno affermato i seguenti principi di diritto:

«È consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica».

«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato

tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio».

«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato».

«La impossibilità del sequestro del profitto di reato può essere anche solo transitoria, senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato».

Rassegna di legittimità

Misure cautelari – Personali – Impugnazioni – Appello – Del Pubblico Ministero – Ordinanza applicativa di misura cautelare, in accoglimento dell'appello, non ancora esecutiva – Sopravvenuta sentenza del giudice di merito dichiarativa della propria incompetenza territoriale – Possibilità di eseguire l'ordinanza cautelare dopo la sentenza – Esclusione

In tema di misure cautelari personali, la sentenza dichiarativa della propria incompetenza territoriale, emessa dal giudice procedente, preclude l'esecuzione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare, non ancora divenuta definitiva, emessa dal tribunale della libertà in accoglimento dell'appello del pubblico ministero (Conf. sentt. da n. 12008 del 2014 a 12013 del 2014, non mass.).

Cass., sez. VI, sentenza 16 gennaio 2014, n. 12007

(dep. 13 marzo 2014) Rv. 258283

Pres. Milo, Est. Citterio, Imp. Vinci,

P.M. Iacoviello (Conf.)

(Annulla senza rinvio, Trib. lib. Catanzaro,

11 giugno 2013)

Procedimenti speciali – Giudizio abbreviato – In genere – Rito abbreviato non condizionato – Circostanza aggravante – Contestazione suppletiva – Legittimità – Esclusione – Conseguenze – Nullità a regime intermedio della sentenza – Configurabilità

Nel corso del giudizio abbreviato non condizionato, il riconoscimento di una circostanza aggravante oggetto di una contestazione suppletiva, effettuata in violazione del divieto di cui all'art. 441, comma primo c.p.p., determina una nullità a regime intermedio della sentenza, sanabile ex art. 182, comma secondo, c.p.p. non potendo essere dedotto dalla parte che vi ha assistito senza eccepire (Fattispecie relativa alla contestazione suppletiva dell'aggravante delle più persone riunite, di cui all'art. 629 comma secondo c.p. effettuata dal P.M., presente l'imputato ed il difensore che nulla ecceperono).

Cass., sez. II, sentenza 29 gennaio 2014, n. 11953

(dep. 13 marzo 2014) Rv. 258067

Pres. Prestipino, Est. Lombardo, Imp. D'Alb,

P.M. Stabile (Conf.)

(Rigetta, App. Bari, 14 gennaio 2013)

Reati contro la famiglia – Delitti contro l'assistenza familiare – Maltrattamenti in famiglia – Circostanze aggravanti – Maltrattamenti consistiti nel cagionare al minore uno stato di denutrizione o malnutrizione – Conseguente ritardata crescita del minore – Aggravante della lesione grave – Configurabilità

In tema di maltrattamenti contro familiari e conviventi, integra la circostanza aggravante della lesione grave, di cui al secondo comma dell'art. 572 c.p., la ritardata crescita del minore che, per via dei maltrattamenti, si sia trovato in condizioni di denutrizione o malnutrizione tali da cagionare la predetta malattia.

Cass., sez. VI, sentenza 4 marzo 2014, n. 12004

(dep. 13 marzo 2014) Rv. 258527

Pres. Ippolito, Est. Aprile, Imp. D.N.,

P.M. Pratola (Diff.)

(Dichiara inammissibile, App. Lecce, 06 febbraio 2013)

Reati contro la Pubblica Amministrazione – Delitti – Dei Pubblici Ufficiali – Concussione – In genere – Modifiche introdotte dalla l. n. 190 del 2012 – Condotta costrittiva – Significato – Distinzione dall'elemento oggettivo del delitto di indebita induzione – Indicazione

Il delitto di concussione, di cui all'art. 317 c.p. nel testo modificato dalla l. n. 190 del 2012, è caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da un abuso costrittivo del pubblico agente che si attua mediante violenza o minaccia, esplicita o implicita, di un danno "contra ius" da cui deriva una grave limitazione della libertà di determinazione del destinatario che, senza alcun vantaggio indebito per sé, viene posto di fronte all'alternativa di subire un danno o di evitarlo con la dazione o la promessa di una utilità indebita e si distingue dal delitto di induzione indebita, previsto dall'art. 319-quater c.p. introdotto dalla medesima l. n. 190, la cui condotta si configura come persuasione, suggestione, inganno (sempre che quest'ultimo non si risolva in un'induzione in errore), di pressione morale con più tenue valore condizionante della libertà di autodeterminazione del destinatario il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivata dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico (In motivazione, la Corte ha

precisato che, nei casi ambigui, l'indicato criterio distintivo del danno antigiuridico e del vantaggio indebito va utilizzato, all'esito di un'approfondita ed equilibrata valutazione del fatto, cogliendo di quest'ultimo i dati più qualificanti idonei a contraddistinguere la vicenda concreta).

Cass., sez. un., sentenza 24 ottobre 2013, n. 12228 (dep. 14 marzo 2014) Rv. 258470
Pres. Santacroce, Est. Milo, Imp. Maldera e altri, P.M. D'Ambrosio (Parz. Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Bari, 04 ottobre 2011)

Reati contro la Pubblica Amministrazione - Delitti - Dei Pubblici Ufficiali - In genere - Abuso costrittivo commesso da incaricato di pubblico servizio - Modifiche introdotte dalla legge n. 190 del 2012 - Fatto commesso prima dell'entrata in vigore della legge - Reato configurabile - Indicazione - Punibilità delle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012 - Configurabilità - Individuazione della norma più favorevole - Valutazione in concreto - Necessità

L'abuso costrittivo dell'incaricato di pubblico servizio, prima dell'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012 sanzionato dall'art. 317 c.p., è attualmente un illecito estraneo allo statuto dei reati contro la P.A. ed è punibile, a seconda dei casi concreti, in base alle disposizioni incriminatrici dell'estorsione, della violenza privata o della violenza sessuale, fattispecie tutte che si pongono in rapporto di continuità normativa con la precedente norma di cui all'art. 317 c.p., con la conseguenza che, in relazione ai fatti pregressi, sarà compito del giudice verificare in concreto quale norma contiene la disposizione più favorevole da applicare.

Cass., sez. un., sentenza 24 ottobre 2013, n. 12228 (dep. 14 marzo 2014) Rv. 258472
Pres. Santacroce, Est. Milo, Imp. Maldera e altri, P.M. D'Ambrosio (Parz. Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Bari, 04 ottobre 2011)

Reati contro la Pubblica Amministrazione - Delitti - Dei Pubblici Ufficiali - In genere - Delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità - Pena accessoria dell'interdizione dei pubblici uffici - Applicabilità - Ragioni

Sebbene l'art. 317-bis c.p., modificato dalla l. n. 190 del 2012, non prevede tra i reati che comportano l'interdizione dai pubblici uffici l'induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319-quater c.p., tuttavia deve ritenersi che a tale reato consegue comunque detta pena accessoria, trattandosi di reato commesso con abuso di poteri (In motivazione la Corte ha precisato che la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici deve

essere modulata nella sua durata in base alle norme generali di cui agli artt. 29, 31 e 37 c.p.).

Cass., sez. un., sentenza 24 ottobre 2013, n. 12228 (dep. 14 marzo 2014) Rv. 258471
Pres. Santacroce, Est. Milo, Imp. Maldera e altri, P.M. D'Ambrosio (Parz. Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Bari, 04 ottobre 2011)

Reati contro la Pubblica Amministrazione - Delitti - Dei Pubblici Ufficiali - In genere - Induzione indebita a dare o promettere utilità - Fattispecie introdotta dalla legge n. 190 del 2012 - Continuità normativa con la concussione per induzione punita in precedenza dall'art. 317 c.p. - Configurabilità - Punibilità delle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012 - Configurabilità - Applicabilità del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui alla nuova norma - Necessità

Sussiste continuità normativa fra la concussione per induzione di cui al previgente art. 317 c.p. ed il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319-quater c.p., introdotto dalla l. n. 190 del 2012, considerato che la pur prevista punibilità, in quest'ultimo, del soggetto indotto non ha mutato la struttura dell'abuso induttivo, fermo restando, per i fatti pregressi, l'applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui alla nuova norma.

Cass., sez. un., sentenza 24 ottobre 2013, n. 12228 (dep. 14 marzo 2014) Rv. 258473
Pres. Santacroce, Est. Milo, Imp. Maldera e altri, P.M. D'Ambrosio (Parz. Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Bari, 04 ottobre 2011)

Reati contro la Pubblica Amministrazione - Delitti - Dei Pubblici Ufficiali - In genere - Reati di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità - Criteri distintivi rispetto alla corruzione - Indicazione

Il reato di concussione e quello di induzione indebita a dare o promettere utilità si differenziano dalle fattispecie corruttive, in quanto i primi due illeciti richiedono, entrambi, una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre "l'extraneus", comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo presuppone la "par condicio contractualis" ed evidenzia l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti.

Cass., sez. un., sentenza 24 ottobre 2013, n. 12228 (dep. 14 marzo 2014) Rv. 258474
Pres. Santacroce, Est. Milo, Imp. Maldera e altri, P.M. D'Ambrosio (Parz. Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Bari, 04 ottobre 2011)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Procedimento – Terzo interessato – Ricorso per cassazione – Difensore non munito di procura speciale – Concessione di un termine per sanare la nullità della procura – Necessità

Nel procedimento di prevenzione il ricorso per cassazione proposto dal difensore del terzo interessato non munito di procura speciale, non può essere dichiarato inammissibile dovendo trovare applicazione il disposto di cui all'art. 182 c.p.c., che prevede l'assegnazione alla parte di un termine perentorio per sanare il difetto di rappresentanza.

Cass., sez. VI, ordinanza 5 febbraio 2014, n. 11933
(dep. 12 marzo 2014) Rv. 258229
Pres. Agrò, Est. Di Salvo, Imp. C. e altri,
P.M. Gaeta (Diff.)
(Restituisce nel termine, App. Catania, 26 marzo 2013)

Stupefacenti – In genere – Fatto di lieve entità – Art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 – Modifica normativa di cui al d.l. n. 146 del 2013 – Regime normativo più favorevole – Conseguenze – Patteggiamento concordato in epoca antecedente alla modifica normativa – Pena commisurata in misura prossima al minimo edittale – Pena illegale – Esclusione – Fattispecie

In tema di stupefacenti, per i reati commessi prima della data di entrata in vigore dell'art. 2 del d.l. n. 146 del 2013 (conv. in legge n. 10 del 2014), che ha trasformato il fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma quinto, del d.P.R. n. 309 del 1990, da circostanza attenuante in ipotesi autonoma di reato, con previsione di un regime sanzionatorio complessivamente più favorevole per la riduzione dei limiti edittali massimi della pena detentiva, l'accordo concluso tra le parti e ratificato dal giudice in epoca precedente alla modifica normativa non implica l'applicazione di una pena illegale qualora quest'ultima sia stata commisurata in misura prossima al minimo edittale, che è rimasto normativamente immutato (Conf. n. 11128 del 2014, non mass.). (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva applicato la pena di anni due di reclusione ed euro 6.700 di multa per la detenzione a fini non personali di gr. 180 di marijuana).

Cass., sez. III, sentenza 25 febbraio 2014, n. 11110
(dep. 07 marzo 2014) Rv. 258353
Pres. Teresi, Est. Pezzella, Imp. Kiogwu,
P.M. Volpe (Conf.)
(Dichiara inammissibile, G.I.P. Trib. Venezia,
04 aprile 2013)

Stupefacenti – In genere – Fatto di lieve entità – Novella legislativa – Reato autonomo – Configurazione – Trattamento sanzionatorio – Maggior favore per il reo – Sussistenza

L'art. 73, comma quinto, d.P.R. 309 del 1990, a seguito della modifica apportata dall'art. 2 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni nella legge 2014, n. 10, integra un'autonoma fattispecie di reato concernente i "fatti di lieve entità" di detenzione illecita di sostanza stupefacente, il cui trattamento sanzionatorio si rivela di maggior favore rispetto a quello previsto nel testo previgente.

Cass., sez. IV, sentenza 11 febbraio 2014, n. 11525
(dep. 10 marzo 2014) Rv. 258189
Pres. Zecca, Est. Blaiotta, Imp. Sotgiu,
P.M. Galli (Conf.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Cagliari s.d. Sassari,
17 dicembre 2012)

Tribunale per i minorenni – Definizione anticipata del procedimento – Procedimenti speciali – Giudizio abbreviato a seguito di giudizio immediato – Competenza del Giudice collegiale ex art. 50-bis, comma secondo, R.D. n. 12 del 1941 – Sussistenza

In tema di procedimento a carico di minorenni, la competenza alla celebrazione del giudizio abbreviato, sia esso instaurato nell'udienza preliminare o a seguito di giudizio immediato, spetta al giudice nella composizione collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma secondo, dell'ordinamento giudiziario, e non al giudice delle indagini preliminari.

Cass. sez. un., sentenza 27 febbraio 2014, n. 18292
(dep. 05 maggio 2014) Rv. 258573
Pres. Santacroce, Est. Conti, Imp. P.G. in proc. B.H.,
P.M. Destro (Diff.)
(Annulla senza rinvio, App. Bologna, 13 febbraio 2013)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Amnistia: applicazione in sede esecutiva – valutazione delle condanne successive – prognosi ora per il futuro

(art. 169 c.p.)

L'amnistia (cd. amnistia impropria la quale opera posteriormente alla sentenza definitiva di condanna e fa cessare l'esecuzione delle pene principali, accessorie e delle misure di sicurezza diverse dalla confisca mentre non estingue gli effetti penali della condanna), in sede esecutiva, per i reati commessi da minori, ai sensi dell'art. 1, comma primo lett. g) d.P.R. 12 aprile 1990 n. 75 (è concessa amnistia quando il giudice ritiene che possa essere concesso il perdono giudiziale ai sensi dell'articolo 19 del R. d.l. 20 luglio 1934, n. 1404) presuppone una concreta valutazione prognostica favorevole sulla prevedibile astensione da parte del soggetto dal commettere altri reati, comprensiva anche delle condanne riportate successivamente a quella per la quale si chiede l'applicazione dell'amnistia (cfr. Cass. sez. I, sentenza n. 40030 del 25/10/2005 Cc. dep. 03/11/2005 Rv. 232954 Imputato: Gargiulo). Il giudice dell'esecuzione non deve, infatti, operare tale prognosi con una valutazione "ora per allora", non deve, cioè, limitarsi a valutare in astratto la concedibilità del perdono giudiziale quale condizione per la concessione del beneficio, ma deve procedere ad una valutazione in concreto della fattispecie formulando un giudizio prognostico sulla prevedibile astensione da parte del soggetto dal commettere altri reati. Invero, il richiamo che la norma citata fa all'art. 169 c.p., al fine di escluderne l'applicabilità dei commi terzo e quarto, comporta, "a contrario", l'applicabilità del primo comma del citato art. 169 c.p. che subordina appunto la concedibilità del beneficio all'esito favorevole del giudizio prognostico (cfr. Cass., sez. I, 12 marzo 1997 n. 1991, Bazzana, Rv. 208130). In altri termini, qualora l'amnistia debba applicarsi in sede di esecuzione, il giudice dell'esecuzione è tenuto ad operare la prognosi con una valutazione "ora per il futuro", tenendo conto delle condanne successive a quella per la quale si chiede l'applicazione dell'amnistia.

Tribunale Napoli, sez. I
ordinanza 22 aprile 2014
Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Concorrenza illecita: natura del reato

(art. 513-bis c.p.)

Il delitto di concorrenza illecita, ha natura di reato proprio in quanto la norma incriminatrice richiede che il soggetto attivo eserciti un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva anche se tale requisito non deve essere inteso in senso meramente formale, essendo sufficiente, per la sua configurabilità, lo svolgimento di fatto della predetta attività.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 1 aprile 2014, n. 921
Pres. Aschettino, Est. Imparato

Concorrenza illecita: condotta materiale – Caratteristica

(art. 513-bis c.p.)

La condotta di presentarsi presso un imprenditore concorrente con un noto camorrista del posto, imponendogli di pagare non modeste cifre per organizzare funerali in Nola, costituisce un comportamento nettamente intimidatorio, ovviamente non conforme a correttezza professionale, concretamente idoneo ad alterare la concorrenza sleale come definito dall'art. 2598 n. 3 c.c.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 1 aprile 2014, n. 921
Pres. Aschettino, Est. Imparato

Detenzione di materiale pornografico: rapporti con il reato di pornografia minorile

(art. 600-quater c.p.)

La fattispecie di cui all'art. 600-quater c.p., sanziona quale norma di chiusura che trova applicazione al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 600-ter c.p., la mera condotta di chi consapevolmente e volontariamente si procura e dispone di materiale pornografico derivato dallo sfruttamento dei minori.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 15 aprile 2014, n. 1086
Pres. Aschettino, Est. De Majo

Falsità: falso materiale commesso da un privato – Caratteristiche

(art. 482 c.p.)

Il reato di cui all'art. 482 c.p. in relazione all'art. 476 c.p. sanziona il falso materiale commesso dal privato in relazione ad un atto di rilevanza pubblica destinato a provare la verità, tutelando la norma la pubblica fede e, quindi, la fiducia che la collettività ripone nell'atto pubblico e la garanzia della veridicità dell'atto. Tal delitto richiede il dolo generico, ovvero sia la coscienza e volontà della falsificazione della dichiarazione o della falsa attestazione, mentre è irrilevante che il soggetto abbia agito senza l'animus decipiendi o nocendi, senza cioè intenzioni fraudolente o con l'intima persuasione di non produrre alcun nocumento, così come è irrilevante che l'atto falso non abbia in concreto determinato alcun danno.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 17 marzo 2014, n. 3872

Falsità: alterazione bollettino postale – Natura di atto di rilevanza pubblica

(art. 476, 482 c.p.)

Rientra nella previsione normativa l'alterazione o falsificazione del bollettino di conto corrente postale ed in generale, la falsificazione o alterazione delle ricevute di versamento postali che costituiscono atto pubblico, in quanto in esse è consacrata l'attività svolta dal pubblico ufficiale (postale), in relazione alla riscossione dell'importo e sono dirette a documentare tale fatto, giuridicamente rilevante. Si tratta di atti di fede privilegiata ex artt. 2699 e 2700 c.c., ovvero sia di atti che fanno fede fino a querela di falso.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 17 marzo 2014, n. 3872

Falsità: timbri di protocollo – Atti pubblici

(art. 476, 482 c.p.)

E tali devono ritenersi, tra gli altri, i timbri di protocollo apposti dal pubblico impiegato sul documento all'atto della ricezione, poiché il pubblico ufficiale attesta l'avvenuta ricezione di un documento dall'esterno, la data della ricezione e la numerazione progressiva che gli viene attribuita, nonché, come nel caso di specie, il pagamento dell'importo.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 17 marzo 2014, n. 3872

Ignoranza legge penale: reato contravvenzionale – Previsione

(art. 5 c.p.)

L'ignoranza della legge penale scusa l'autore dell'illecito qualora sia inevitabile, e quindi incolpevole, facendo venir meno l'elemento soggettivo del reato, anche se con-

travvenzionale. Tale condizione deve ritenersi sussistente per il cittadino comune, soprattutto se sfornito di specifiche competenze, allorché egli abbia assolto il dovere di conoscenza con l'ordinaria diligenza attraverso la corretta utilizzazione dei mezzi di informazione, di indagine e di ricerca dei quali disponga (cfr. Cass. pen., sez. I, sentenza n. 25912 del 18/12/2003 Presidente: Sossi M. Corte cost., 23 marzo 1988 n. 364).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 28 aprile 2014, n. 6603

Ignoranza legge penale: perimetrazione aree marine – pubblicazione su G.U. – Dovere di informazione del soggetto – Ignoranza colpevole – Esclusione

(art. 5 c.p.)

Le aree marine protette sono sottratte alla necessità di perimetrazione tabellare giacché istituite e delimitate con appositi provvedimenti, completi delle indicazioni tecniche e topografiche necessarie per l'individuazione, la cui conoscenza è assicurata dalla loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Con tale pubblicazione sorge la presunzione di conoscenza pubblica dell'estensione dell'area protetta e costituisce quindi onere di chi si introduce nella zona di prendere cognizione degli esatti confini dell'area, onde evitare comportamenti di rilevanza penale. Ne consegue che non può considerarsi scusabile, a norma dell'art. 5 c.p. (come interpretato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364/1988), l'ignoranza colpevole circa l'esatta perimetrazione dell'area protetta, stante l'irrilevanza del difetto di perimetrazione tabellare e tenuto conto della mancata ottemperanza del dovere di informazione e di conoscenza incombente ad ogni soggetto che intraprende una attività normativamente regolata in vista della osservanza dei precetti penali (cfr. Cass., sez. III, sentenza n. 27683 del 21 aprile 2010 dep. 16 luglio 2010 Rv. 247917; Cass., sez. III, 6.8.2007, n. 32021, Marciano e altri).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 28 aprile 2014, n. 6603

Interruzione pubblico servizio: condotta punibile

(art. 340 c.p.)

Integra l'elemento oggettivo del reato previsto dall'art. 340 c.p. anche l'interruzione o un mero turbamento nel regolare svolgimento dell'ufficio o del servizio, posto che la fattispecie tutela non solo l'effettivo funzionamento di un ufficio o servizio pubblico, ma anche il suo ordinato e regolare svolgimento.

Tribunale Nola, coll. C)
sentenza 13 febbraio 2014, n. 385
Pres. Di Iorio, Est. Cervo

Istigazione alla corruzione: offerta - Idoneità - Giudizio ex ante - Criteri

(art. 322 c.p.)

L'offerta di denaro al fine di evitare il controllo, integra gli estremi del reato di cui all'art. 322, co. 2 c.p., essendo sufficiente per la sua configurabilità una condotta idonea, secondo un giudizio ex ante, ad indurre il p.u. a compiere un atto contrario ai propri doveri di ufficio ed essendo assolutamente irrilevante la realizzazione o meno del fine.

Per la configurazione del reato di cui all'art. 322 c. 2 c.p., 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 lo accetti. L'idoneità dell'offerta deve essere valutata con un giudizio ex ante, sicché il reato può essere escluso solo se manchi l'idoneità potenziale dell'offerta a conseguire lo scopo perseguito dall'autore, non rilevando a tale proposito la tenuità della somma di denaro offerta, che in ogni caso non si connota dei caratteri della assoluta risibilità.

Tribunale di Nola, coll. D)
sentenza 24 marzo 2014, n. 809
Pres. Minauro, Perpetua, Carbone

Lesioni: contusione escoriata - Malattia - Configurabilità

(art. 582 c.p.)

Il concetto di malattia deve essere inteso come comprensivo di qualsivoglia alterazione, anatomica o funzionale, dell'organismo ancorché lieve e circoscritta che comporti un processo di reintegrazione sia pure di breve durata della salute della vittima. È stato, in particolare sostenuto in giurisprudenza che anche la contusione escoriata può essere ricondotta al genus della malattia, perché ledendo, sia pure superficialmente il tessuto cutaneo, non si esaurisce in una semplice sensazione dolorosa, ma importa un'alterazione patologica dell'organismo.

Tribunale Nola, coll. C)
sentenza 13 febbraio 2014, n. 385
Pres. Di Iorio, Est. Cervo

Lesioni: nozione di malattia - Ematoma, contusioni ed ecchimosi - Configurabilità del reato

(art. 582 c.p.)

Ai fini del perfezionamento del delitto in esame, alla stregua del consolidato orientamento giurisprudenziale, il concetto di malattia deve essere inteso come comprensivo di qualsivoglia alterazione, anatomica o funzionale, dell'organismo, ancorché lieve e circoscritta, che comporti un processo di reintegrazione, sia pure di breve durata, della salute della vittima. È stato, in particolare, sostenuto in giurisprudenza che anche alterazioni anatomiche di minima rilevanza, quali gli ematomi,

le ecchimosi o le contusioni, vanno ricompresi nel novero delle 'malattie' e, dunque, sussunte nella previsione dell'art. 582 c.p.

Tribunale Nola, coll. B)
sentenza 12 marzo 2014, n. 705
Pres. Critelli, Est. Di Petti

Lesioni: elemento soggettivo - Dolo generico

(art. 582 c.p.)

Per la sussistenza del dolo nel delitto di lesioni personali non occorre, infatti, che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione delle conseguenze lesive, essendo sufficiente l'intenzione di infliggere all'altrui persona una violenza fisica, vale a dire il dolo generico, anche, se del caso, nella forma del dolo eventuale (cfr., tra le altre, Cass. pen., 4.7.1996, n. 6773).

Tribunale Nola, coll. B)
sentenza 12 marzo 2014, n. 705
Pres. Critelli, Est. Di Petti

Pornografia minorile: natura di reato di pericolo - Condotta materiale - Caratteristiche

(art. 600-ter c.p.)

Il reato di cui all'art. 600-ter c.p. come introdotto dalla Legge 269/98, integra un reato di pericolo concreto a tutela la libertà sessuale del minore, reprimendo ogni comportamento prodromico che possa mettere a repentaglio il suo libero sviluppo personale. Rientrano pertanto nella previsione normativa le condotte di commercio di materiale pornografico inerente i minori, la sua distribuzione ovvero la pubblicazione e divulgazione ad una generalità indistinta di destinatari anche in via telematica. Quanto all'elemento psicologico del reato richiesto il dolo generico inteso quale consapevolezza ed intenzionalità della divulgazione e diffusione a terzi del materiale pornografico riprodotto minori. La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto la sussistenza del reato di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p. nelle ipotesi in cui il materiale pornografico relativo a minori venga propagato e diffuso a terzi mediante l'uso di una chat-line e comunque veicolato agli utenti della rete internet con possibilità di accesso a chiunque si connetta alla rete. Viceversa, laddove manchi l'automatica condivisione di cartelle ad una pluralità indeterminata di utenti o l'accesso indistinto a chiunque si colleghi ed il prelievo del materiale pornografico avvenga solo a seguito della manifestazione di volontà dichiarata nel corso di una conversazione privata quale cessione occasionale effettuata al singolo destinatario, si versa nella più lieve ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 600-ter c.p.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 15 aprile 2014, n. 1086
Pres. Aschettino, Est. De Majo

Maltrattamenti in famiglia: elemento oggettivo – Peculiarità

(art. 572 c.p.)

Il delitto di cui all'art. 572 c.p., "si perfeziona con il compimento di una pluralità di atti lesivi dell'integrità fisica e del patrimonio morale del soggetto passivo, legati tra loro dal vincolo dell'abitudine" (Cass. pen., sez. VI, 02.05.2000, n. 9414; cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 01.02.1999, n. 3580; Cass. pen., sez. III, 09.03.1998, n. 4752). Integra l'elemento oggettivo del reato, la condotta posta in essere dall'imputato, con il ricorso alla violenza, alla minaccia, anche con uso di coltello, alla pretesa estorsiva, al disturbo del sonno e comunque alla sopraffazione nei confronti della p.o. unitamente alla sistematica umiliazione a cui la donna era soggetta.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 7 aprile 2014, n. 989
Pres. Minauro, Est. Carbone

Maltrattamenti in famiglia: elemento soggettivo

(art. 572 c.p.)

Il dolo del delitto di maltrattamenti in famiglia non richiede la rappresentazione e la programmazione di una pluralità di atti tali da cagionare sofferenze fisiche e morali alla vittima, essendo, invece, sufficiente la coscienza e la volontà di persistere in un'attività vessatoria, già posta in essere in precedenza, idonea a ledere la personalità della vittima (Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 25183 del 19/06/2012); nella specie, la reiterazione ravvicinata di condotte umilianti per la p.o. reca in sé la prova della consapevolezza da parte dell'imputato di persistere in un'attività tesa a mortificarne la dignità.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 7 aprile 2014, n. 989
Pres. Minauro, Est. Carbone

Resistenza a p.u.: lesioni – Assorbimento – Esclusione

(art. 337 c.p.)

Reato di resistenza a pubblico ufficiale assorbe soltanto quel minimo di violenza che si concreta nelle percosse, e non già quegli atti che, esorbitando da tali limiti, siano causa di lesioni personali.

Tribunale Nola, coll. B)
sentenza 18 marzo 2014, n. 745
Pres. Critelli, Est. Tirone

Stalking: condotta materiale – Caratteristiche

(art. 612-bis c.p.)

La condotta reiterata consistente in minacce e molestie rivolte direttamente alla persona offesa ed ai suoi congiunti, cagionando nella medesima p.o. un grave stato di ansia e paura per la propria incolumità, e costringendola

ad alterare le proprie abitudini di vita, rinunciando ad uscire da sola e chiedendo di essere accompagnata sempre da qualcuno di fiducia, oltre a ripetuti cambiamenti di numeri di telefono ed a comportamenti di auto protezione, integra il delitto di stalking. Ciò in accordo all'opinione comunemente accolta in giurisprudenza, per la quale integra compiutamente la condotta illecita, l'assillante insistenza ed ossessiva ripetitività di azioni moleste, quali frequentissime telefonate e appostamenti, che costringono la vittima a modificare il proprio tipo di vita e di abitudini.

Tribunale Nola, coll. B)
sentenza 5 febbraio 2014, n. 309
Pres. Critelli, Est. Tirone

Tentato omicidio: animus necandi – Caratteristiche

(art. 56, 575 c.p.)

Ai fini della configurabilità dell'omicidio tentato, l'elemento psicologico consiste nella coscienza e volontà di compiere atti univocamente diretti a cagionare la morte di una persona nonché teleologicamente orientati a cagionare la morte, ossia obiettivamente idonei a provocare l'evento-morte e cioè a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato che è la vita: requisito quest'ultimo, che deve essere apprezzato in concreto (senza essere condizionata dagli effetti realmente raggiunti perché altrimenti l'azione, per non aver conseguito l'evento, non sarebbe mai idonea nel delitto tentato) attraverso una prognosi formulata ex post con riferimento alla situazione così come si presentava all'agente, in base alle condizioni umanamente prevedibili nel caso concreto.

Tribunale Nola, G.U.P. Napolitano
sentenza 24 aprile 2014, n. 169

Truffa: alterazione verbali contravvenzione C.d.S. – Artificio e raggio – Sussistenza

(art. 640 c.p.)

L'alterazione del verbale di contravvenzione al Codice della strada, consistita nel modificare la violazione di articolo diverso da quello realmente posta in essere, integra l'elemento costitutivo del reato di truffa atteso che costituisce l'artificio e raggio, che inducendo in errore l'amministrazione finanziaria dello Stato addetta ai controlli circa la legittimità amministrativa e contabile dei verbali con cui era comunque comminata la sanzione amministrativa, procurava un danno alla PA consistito nella riscossione di una somma a titolo di sanzione inferiore a quella prevista, con altrui profitto ingiusto consistito proprio nel minor esborso di reato a favore degli odierni imputati.

Tribunale Nola, G.M. Cervo
sentenza 11 febbraio 2014, n. 375

Violenza privata: condotta materiale – Differenze con il delitto di rapina

(art. 610 c.p.)

La condotta di violenza consistita nello stringere e torcere il pollice con cui un soggetto stringeva la telecamera, essendo volta unicamente ad impedire e dunque a costringere il soggetto a non continuare le riprese video con le telecamere, integra il delitto di violenza privata e non rapina. Come sostenuto dalla Suprema corte di legittimità in una recente pronuncia non può ritenersi configurabile il delitto di rapina, nemmeno nella forma tentata, bensì quello di violenza privata, quando la persona offesa è costretta, con violenza o minaccia, a consegnare un proprio bene senza che l'agente consegua un autonomo possesso della cosa (cfr. Cass. sez. II, n. 34905/2013).

Tribunale Nola, coll. C)
sentenza 13 febbraio 2014, n. 385
Pres. Di Iorio, Est. Cervo

la formulazione dell'eccezione ben può aver luogo anche al di fuori dell'espletamento di specifici atti, mediante lo strumento delle "memorie o richieste" che, ai sensi dell'art. 121 c.p.p., possono essere inoltrate in ogni stato e grado del procedimento (è dunque tardivamente proposta l'eccezione di nullità di un atto per l'omesso avviso previsto dall'art. 114 disp. att. c.p.p., allorché la parte, invece di sollevare l'eccezione immediatamente dopo il compimento dell'atto, abbia atteso il compimento di un successivo atto del procedimento.) Peraltro, se la parte decade dalla possibilità di eccepire la nullità, ha pur sempre la possibilità di sollecitare il giudice all'esercizio dei suoi poteri officiosi, ma non essendovi per questi l'obbligo del rilievo della nullità, l'omessa sua declaratoria non è sindacabile

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 14 aprile 2014, n. 5907

CODICE PROCEDURA PENALE

Accertamenti urgenti: alcooltest – Omesso avviso al difensore – Nullità assoluta – Esclusione

(art. 354 c.p.p.)

L'accertamento del tasso alcolemico mediante alcooltest rientra nel novero degli accertamenti urgenti di cui all'art. 354 c.p.p. ai quali il difensore dell'indagato ha facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato. Ne consegue che l'omesso avviso ex art. 114 disp. att. c.p.p. all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia dà luogo ad una nullità di ordine generale ma certamente non assoluta che soggiace, dunque, al regime della deducibilità e della decadenza di cui agli artt. 182 e 184 c.p.p..

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 14 aprile 2014, n. 5907

Nullità: alcool test – Omesso avviso all'indagato di farsi assistere dal difensore – Nullità a regime intermedio – Rilevabilità nei termini di legge

(art. 180, 182 c.p.p.)

In tema di guida in stato di ebbrezza, l'omesso avviso all'indagato – da parte della polizia giudiziaria che proceda all'alcooltest – della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia determina una nullità a regime intermedio, la quale, ove eccepita tardivamente dalla parte, può essere rilevata d'ufficio dal giudice nei termini di cui all'art. 180 c.p.p., con la conseguenza che, in tal caso, non sussiste alcuna sanatoria ma semplicemente la decadenza della parte in ordine alla facoltà di dedurre tale eccezione che non pregiudica i poteri officiosi del giudice. Essa deve, quindi, ritenersi sanata se non tempestivamente rilevata o se non dedotta prima, ovvero immediatamente dopo il compimento dell'atto, ai sensi dell'art. 182 c.p.p., comma 2 laddove

Valutazione della prova: silenzio dell'imputato – Valutazione – Criteri

(art. 192 c.p.p.)

Sull'imputato raggiunto da indizi connotati dai necessari caratteri di gravità, precisione e concordanza, grava l'onere di dimostrare o, se non altro, allegare la sussistenza di elementi di segno contrario atti a minare l'attendibilità di quelli raccolti a suo carico. Il diritto dell'imputato di difendersi tacendo, in altri termini non può tradursi in una limitazione legale della sfera del libero convincimento del giudice, che può legittimamente esercitarsi, com'è stato autorevolmente sostenuto, anche in merito al significato attribuibile al silenzio serbato dall'imputato, su circostanze su cui questi, potendo fornire indicazioni di dati che potrebbero scagionarlo per contribuire all'accertamento della verità, si rifiuta di farlo. In tal caso non può dirsi che il silenzio – garantito all'imputato come oggetto di un suo diritto processuale – venga utilizzato, in contrasto con tale garanzia, come tacita confessione di colpevolezza, giacché il convincimento di reità del giudice viene a formarsi non sulla valorizzazione confessoria del silenzio, bensì valorizzazione in senso probatorio di elementi già idonei a suffragare un giudizio di colpevolezza, in ordine ai quali il silenzio del soggetto viene ad assumere valore di meri riscontro obiettivo.

Tribunale di Nola, G.M. Di Petti
sentenza 3 dicembre 2013, n. 2711

Valutazione della prova: fallimento dell'alibi – Alibi falso – Differenze

(art. 192 c.p.p.)

Mentre il fallimento dell'alibi non può essere posto a carico dell'imputato come elemento sfavorevole, non essendo compito di quest'ultimo dimostrare la sua innocenza, ma onere dell'accusa di provarne la colpevolezza, l'alibi falso, cioè quello rivelatosi preordinato e mendace, può essere posto in correlazione con le altre circostanze

di prova e valutato come indizio, nel contesto delle complessive risultanze probatorie, se appaia finalizzato alla sottrazione del reo alla giustizia.

Tribunale Nola, G.U.P. Napolitano
sentenza 24 aprile 2014, n. 169

LEGGI PENALI SPECIALI

Armi: porto in luogo di oggetti atti ad offendere – Differenze con il reato di porto di armi proprie

(art. 4 l. 110/75 - 697 c.p.)

La contravvenzione di cui all'art. 4 Legge 18.4.1975 n. 110, sanziona la condotta di chi porta illecitamente in luogo pubblico, oggetti o strumenti che siano classificabili quali armi improprie, ovvero sia oggetti o strumenti i quali, pur non avendo quale destinazione naturale l'offesa alla persona, siano idonei ad arrearla ed il loro porto fuori della propria abitazione non sorretto da giustificato motivo. Laddove si tratti, viceversa, di armi proprie non da sparo si configurano le più gravi contravvenzioni di cui agli artt. 697-699 c.p.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 3 marzo 2014, n. 2983

Armi: arma impropria nozione e caratteristiche

(art. 4 l. 110/75)

La disponibilità di una penna munita alla estremità di un pezzo di una forbicina della lunghezza di cm. 4, nonché altre due forbici rotte, in ragione della sua funzione e destinazione naturale (trattasi di comune forbice della marca Chicco), rientra nel novero delle armi improprie dal momento che, pur non avendo quale destinazione naturale l'offesa, trattasi di oggetto avente potenziale attitudine ad arrearla attese le sue caratteristiche e le dimensioni della lama, sicché il porto in luogo pubblico in assenza di giustificato motivo integra la fattispecie criminosa contestata.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 3 marzo 2014, n. 2983

Armi: porto in luogo pubblico – Cella penitenziaria – Configurabilità

(art. 4 l. 110/75)

Integra il requisito richiesto dalla norma incriminatrice del porto in luogo pubblico anche il possesso di strumenti atti ad offendere all'interno della cella penitenziaria, dal momento che anche la cella dell'istituto carcerario deve intendersi luogo pubblico. Ed invero, per 'abitazione', agli effetti dell'art 4 della legge n. 110 del 1975, deve intendersi il luogo nel quale si compie, liberamente e senza estranee intromissioni, tutto o parte di ciò che è caratteristico della vita intima. Non costituiscono, pertanto, abitazioni o alloggi privati ovvero appartenenze di esse i luoghi destinati ad un pubblico servizio e, in

particolare, le celle e tutti gli altri ambienti di uno stabilimento carcerario.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 3 marzo 2014, n. 2983

Armi: possesso di forbici in cella penitenziaria – Configurabilità del reato – Giustificato motivo – Insussistenza

(art. 4 l. 110/75)

Il possesso delle forbici da parte del detenuto all'interno della cella dell'istituto penitenziario, dunque, in un luogo che deve intendersi pubblico, in assenza, infine, di giustificati motivi apprezzabili connessi alla naturale funzione dell'oggetto ovvero ad esigenze lavorative o ad altre ragioni, integra il reato di porto in luogo pubblico. Al riguardo si evidenzia che il giustificato motivo idoneo a scriminare la condotta può ritenersi sussistente solo nel caso in cui particolari esigenze dell'agente siano perfettamente corrispondenti a regole comportamentali lecite relazionate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verifica del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento, alla normale funzione dell'oggetto.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 3 marzo 2014, n. 2983

Armi ed esplosivi: materiale pirotecnico – Caratteristiche – Accertamento – Criteri

(art. 678 c.p.)

Il reato di cui all'art. 678 c.p. sanziona la condotta di chi fabbrica o detiene, vende o trasporta materie esplosive senza essere in possesso dell'autorizzazione amministrativa. La ratio della norma è quella della salvaguardia della pubblica incolumità in relazione ai pericoli che possono derivare dalla fabbricazione, importazione, trasporto o mera detenzione di materiale esplodente senza licenza o senza rispettare le condizioni di essa. Tale fattispecie concerne il materiale esplodente, ovvero sia il materiale che abbia effetto detonante ma sia privo di capacità distruttiva e di potenzialità realmente offensiva sia per le modalità di fabbricazione che per la stessa composizione chimica. Viceversa, trova applicazione la più grave fattispecie delittuosa prevista dalla legislazione in materia di armi in relazione al materiale esplosivo che, per qualità o quantità ovvero per modalità di composizione chimica e confezione, sia tale da avere un effetto micidiale e distruttivo e sia idoneo ad offendere l'incolumità personale. Spetta al giudice di merito il compito di accertare caso per caso se il congegno esplodente possa qualificarsi come devastante o micidiale o invece rientrare tra quelli aventi solo un mero effetto detonante ma non distruttivo.

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 15 aprile 2014, n. 5939
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Circolazione stradale: aggravante di aver provocato incidente stradale – Nozione – Presupposti

(art. 186 lett. c C.d.S.)

La aggravante dell'aver provocato un sinistro stradale di cui al comma 2-bis dell'art. 186 C.d.S., si configura anche con la sola fuoriuscita del veicolo dalla sede stradale senza conseguenze per sé o per gli altri, in assenza di collisione, dovendosi considerare tale l'“incidente stradale” richiesto dalla norma, non potendo tale nozione essere limitata ai casi di investimento o di collisione tra autoveicoli e non implicando necessariamente la produzione di danni a cose proprie o altrui o lo scontro con altri veicoli o comunque il coinvolgimento di terze persone, con danni alle stesse, dovendosi intendere qualunque situazione che esorbiti dalla normale marcia del veicolo in area aperta alla pubblica circolazione, con pericolo per l'incolumità altrui e dello stesso conducente.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 14 aprile 2014, n. 5907

Fallimento: criterio discrezionale tra bancarotta fraudolenta documentale e bancarotta semplice

(art. 216 co. 1 n. 2 – 217 co. 2 l. f.)

Ove la condotta illecita si sostanzia non nella semplice omissione di tale tenuta, ma in un fatto di bancarotta pre-fallimentare consistente nella distruzione (cioè nell'eliminazione fisica delle scritture contabili o di quanto in esse annotato) o nella sottrazione delle scritture medesime (che a sua volta si risolve nella indisponibilità totale o parziale delle scritture contabili attraverso il loro occultamento o con il renderne impossibile o difficoltosa la materiale apprensione), finalizzate ad evitare l'apprensione delle scritture medesime da parte degli organi fallimentari... appare configurabile non il delitto di bancarotta semplice documentale di cui all'art. 217 co. 2 legge fall., ma il più grave delitto di bancarotta semplice documentale di cui all'art. 217 co. 2 l. fall. Ma il più grave delitto di bancarotta fraudolenta documentale come previsto in una delle prime tre ipotesi disciplinate dall'art. 216 co. 1 n. 2 legge fall., reato come è noto di pura condotta, per la cui realizzazione non si richiede il verificarsi dell'evento della concreta impossibilità di ricostruire il patrimonio o il movimento degli affari dell'impresa dichiarata fallita.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 12 maggio 2014, n. 1316
Pres. Minauro, Perpetua, Carbone

Fallimento: soppressione delle scritture contabili – Elemento soggettivo

(art. 216 l. f.)

Il mancato deposito ed il mancato rinvenimento delle scritture contabili obbligatorie per legge, rende impossibile per gli organi del fallimento la ricostruzione della situazione patrimoniale e del movimento degli af-

fari della impresa individuale dichiarata fallita, per cui assume valore pregnante per dimostrare l'esistenza del dolo specifico, cioè, della volontà di arrecare un pregiudizio di creditori in previsione del possibile fallimento, unitamente al concomitante elemento della incompleta documentazione messa a disposizione degli organi del fallimento.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 12 maggio 2014, n. 1316
Pres. Minauro, Perpetua, Carbone

Fallimento: sottrazione scritture contabili – Direzione intenzionale della condotta – Pregiudizio dei creditori

(art. 216 l. f.)

Elementi sintomatici della direzione intenzionale della condotta di sottrazione documentale alla causazione di un pregiudizio ai creditori in previsione del possibile fallimento sono, per l'appunto, il mancato o incompleto deposito di libri e scritture contabili agli organi della procedura fallimentare nonché l'impossibilità di ricostruzione della situazione patrimoniale della ditta fallita, trattandosi di elementi senz'altro idonei a rivelare l'intenzione dell'imprenditore o legale rappresentante della società di pregiudicare il futuro soddisfacimento delle ragioni creditorie attraverso la sottrazione delle informazioni desumibili con carattere di certezza da quelle scritture (si ricorderà che i libri e le scritture contabili fanno prova contro l'imprenditore ai sensi dell'art. 2709 c.c.).

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 12 maggio 2014, n. 1316
Pres. Minauro, Perpetua, Carbone

Misure di prevenzione: foglio di via obbligatorio – Applicazione – Presupposti

(art. 76 d.lgs. 159/11)

In punto di diritto si osserva che l'art. 76 del d.lgs. 159/2011, entrato in vigore in data 13.10.2011, ha sostituito l'art. 2 Legge 1423/1956. Tale norma sanziona la condotta del soggetto ritenuto pericoloso per la sicurezza pubblica il quale, destinatario di un ordine del Questore di allontanamento dal Comune nel quale si trovi con foglio di via obbligatorio, contravviene alle prescrizioni imposte nel provvedimento. La contravvenzione, reato di natura istantanea, posto che al soggetto rimandato nel luogo di residenza con foglio di via obbligatorio, è inibito, in termini di assolutezza, il ritorno nel Comune dal quale è stato allontanato, si configura, non solo nelle ipotesi di rientro definitivo ma anche nelle ipotesi di mero transito temporaneo ovvero di mero passaggio nel suddetto territorio inibito al trasgressore.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 5 maggio 2014, n. 6982

Misure di prevenzione: foglio di via obbligatorio – continuità normativa

(art. 76 d.lgs. 159/11)

L'art. 76 del d.lgs. 159/2011 contiene una previsione incriminatrice identica alla contravvenzione di cui all'art. 2 Legge 1423/56 anche quanto al profilo sanzionatorio (da uno a sei mesi di arresto), sicché si è in presenza di una continuità normativa tra norme di legge in successione. Preliminarmente, si evidenzia che, quando una fattispecie criminosa presuppone un provvedimento amministrativo, il giudice penale, pur non potendo sostituire la sua cognizione incidentale a quella istituzionalmente assegnata al giudice amministrativo, può tuttavia disapplicare l'atto presupposto e, di conseguenza, emettere sentenza assolutoria, allorché la causa dell'illegittimità dell'atto si appalesi oggettiva e di semplice rilevanza (cfr. Cass. 28849/2009).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 5 maggio 2014, n. 6982

Misure di prevenzione: foglio di via – Contenuto

(art. 76 d.lgs. 159/11)

Il provvedimento del Questore di allontanamento emanato in assenza dei presupposti normativi ovvero non risultando adeguatamente motivato sia sul versante della riconducibilità dell'imputato ad una delle categorie anzidette sia quanto alla pericolosità sociale del destinatario, va disapplicato.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 5 maggio 2014, n. 6982

Navigazione: divieti di navigazione in aree marina protette – Limiti ed applicabilità

(art. 30 l. 394/91)

L'art. 30 della l. 6.12.1991 n. 394 – legge quadro sulle aree protette – sanziona con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, tra le altre, la violazione dell'art. 19 co. 3 della medesima legge che fissa divieti nelle aree protette marine, nelle quali sono interdette le attività, anche specificamente individuate ed elencate, che possono compromettere la tutela delle caratteristiche dell'ambiente soggetto a particolare protezione, tra cui vengono ricomprese la navigazione a motore, il danneggiamento delle specie animali e vegetali, l'alterazione dell'ambiente geofisico e delle caratteristiche chimiche ed idrobiologiche delle acque. Nella indicata prospettiva di garanzia, tutela e valorizzazione anche delle aree sommerse, aventi rilevante valore dal punto di vista ambientale, la legge 23.12.2000 n. 388 ha previsto l'istituzione del Parco sommerso ubicato nelle acque della "Gaiola" nel golfo di Napoli, poi concretamente avvenuta con decreto interministeriale n. 304 del 7.8.2002, d'intesa con la regione Campania, che ha delimitato i confini della detta zona di mare, individuando aree di riserva integrale (zona A) e di riserva generale (zona B), così come riportate nella cartografia allegata al decreto (pubblicato in G.U. 285 del 5.12.2002). La tutela delle aree è demandata (in forza dell'affidamento provvisorio, ex art. 5 del decreto istitutivo del detto Parco sommerso), all'ente gestore – Soprintendenza per i beni archeologici delle province di Napoli e Caserta che si avvale per la sorveglianza della Capitaneria di Porto di Napoli e dei Carabinieri del Nucleo per la tutela dei Beni archeologici.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 28 aprile 2014, n. 6603

Diritto amministrativo

SUL GOVERNO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI NELLA PROSPETTIVA DELLE CITTÀ METROPOLITANE	134
di Alberto Lucarelli e Luca Longhi	
IMPUGNABILITÀ DELL'ESTRATTO DI RUOLO NEL PROCESSO TRIBUTARIO	140
di Carlo Buonauro	
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>)	145
a cura di Almerina Bove	



Sul governo dei servizi pubblici locali nella prospettiva delle città metropolitane*

sommario

1. L'istituzione delle città metropolitane nel quadro della riforma. - 2. La città metropolitana quale ambito di elezione per la gestione dei SPL. - 3. La città metropolitana di fronte alla ridefinizione degli ambiti territoriali ottimali. - 4. Nuovi modelli organizzativi del SII negli scenari della riforma. - 5. A mo' di conclusioni.

1. L'istituzione delle città metropolitane nel quadro della riforma

La recente riforma Delrio (ddl n. 1542-B, approvato alla Camera in data 4 aprile 2014) introduce nel nostro ordinamento l'istituto della città metropolitana, già oggetto a suo tempo dell'art. 18 d.l. n. 95/2012¹ (poi dichiarato costituzionalmente illegittimo con sent. n. 220/2013), nel quadro di una ridefinizione complessiva degli enti territoriali.

La riforma si inserisce in un più ampio disegno di riforma costituzionale. Nel progetto di riforma costituzionale il nuovo art. 117, co. 7 Cost. prevede che «(...) I comuni e le città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite, nel rispetto della legge statale o regionale».

Rispetto al testo precedente è aggiunta la locuzione finale «(...) nel rispetto della legge statale o regionale». Il testo riformato va misurato con il principio di legalità, ed in senso più ampio, con i principi di gerarchia e di competenza.

In merito al principio di legalità, il primo fondamento giuridico del potere regolamentare è rappresentato dalla Costituzione, il secondo, in ordine al regime delle competenze, dalla legge statale o regionale.

Il fondamento costituzionale si esprime come norma di riconoscimento, che prevede "una volta per tutte" la potestà regolamentare delle città metropolitane e dei comuni. Tale fondamento, come è noto, per la sua genericità non può essere inteso quale fonte sul-

la produzione. L'attribuzione costituzionale agli enti locali di potestà regolamentare a titolo originario, prescindendo da una legge ordinaria (statale o regionale a seconda delle competenze), *stessa* il principio di legalità, soprattutto nella considerazione che le fonti secondarie devono trovare il loro fondamento giuridico in fonti di normazione primaria.

La norma costituzionale non può essere intesa quale fonte sulla produzione, in quanto non contiene norme che determinano gli organi e le procedure di formazione.

Pertanto, con il testo vigente, come già si ebbe modo di sostenere², che costituzionalizzava, con modifiche l'art. 7 del testo unico sugli enti locali, i regolamenti restavano privi, almeno sotto l'aspetto formale, di fondamenti giuridici di rango primario (statale e regionale). L'art. 7 d.lgs. n. 267/2000 in realtà prevede che i regolamenti locali siano *rispettosi* dei principi fissati dalla legge e dello statuto.

Con la riforma costituzionale del 2001 veniva meno, dunque, il rispetto dei limiti fissati dalla legge, (in naturale contraddizione con il suddetto art. 7) in assenza di una necessaria *interpositio legislatoris*, statale per le materie esclusive dello Stato e regionale per le materie di competenza residuale.

All'indomani della riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione, si evidenziava, per l'appunto la necessità di una *interpositio legislatoris* che, oltre a porsi quale fondamento di principi unitari, pur nel rispetto del pluralismo delle fonti e del policentrismo degli ordinamenti, avesse tra i suoi obiettivi, in relazione al rapporto legge-regolamento: 1) di ri-affermare il principio gerarchico; 2) di garantire il rispetto di un principio di legalità.

Con l'attuale progetto di riforma, l'impressione è che siano state accolte le annotazioni e perplessità a suo tempo evidenziate dalla dottrina, in particolare di chi temeva per la "tenuta" del principio di legalità, pur nel convincimento che tale principio, per non "soffocare" l'"autonoma" potestà regolamentare degli enti locali dovesse avere il carattere tendenzialmente formale e non sostanziale.

* Il Prof. A. Lucarelli è autore dei paragrafi 1, 4 e 5; il Dott. L. Longhi dei paragrafi 2 e 3.

¹ Sulla riforma del 2012 si rinvia a A. LUCARELLI, *Prime considerazioni in merito all'istituzione della città metropolitana*, in *Federalismi.it*, 2014.

² A. LUCARELLI, *Il fondamento del potere regolamentare dei comuni*, in *Quad. cost.*, 2/2003, pp. 357 ss.

Questa ricostruzione sembra, tra l'altro, acquisire maggior forza in presenza della ormai prossima entrata in vigore delle città metropolitane, la cui azione, dal punto di vista formale e sostanziale, non può che articolarsi tra rispetto del principio di legalità e riconoscimento di poteri discrezionali.

È evidente che, in un mutato assetto istituzionale, fondato sul pluralismo istituzionale e sulla sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (art. 118 Cost.), il principio di legalità, pur continuando ad assolvere all'interno dello Stato e nel rapporto autorità-libertà, una primaria funzione democratica e garantista, non possa più essere inteso nel suo aspetto sostanziale, ovvero di limite assoluto alla discrezionalità politico-amministrativa degli enti locali.

I fondamenti giuridici, introdotti dall'attuale progetto di riforma costituzionale, che "costituzionalizzano", rafforzando i contenuti generici dei principi di cui all'art. 7 d.lgs. n. 267/2000, non vanno intesi quale rappresentazione di limiti all'esercizio del potere regolamentare, ma al contrario come una "sapiente" combinazione tra principio gerarchico e principio di competenza e tra fondamento-riconoscimento, per l'appunto di rango costituzionale e fondamento-attribuzione del potere (legge statale o regionale).

Le fonti normative di rango primario statali e regionali si pongono come momento di raccordo tra interessi nazionali o regionali e istanze metropolitane e/o localistiche, riducendo il rischio della violazione del principio di legalità e della frammentazione dell'azione normativa e politico-amministrativa e gestionale di città metropolitane e comuni.

2. La città metropolitana quale ambito di elezione per la gestione dei SPL

Nello spirito della riforma innanzi descritto, la città metropolitana si inserisce quale livello amministrativo congeniale anche ad una gestione efficiente di servizi pubblici locali, atteso il nuovo dimensionamento dell'istituzione chiamata a coordinare l'organizzazione degli stessi.

Si può affermare, anzi, che, alla luce dell'inadeguatezza sin qui palesata dalle tradizionali articolazioni territoriali in relazione a funzioni istituzionalmente attribuite³, la città metropolitana si candida a divenire fattore decisivo di coesione sociale nella fruizione dei diritti connessi a servizi essenziali.

Allo stato attuale, alla luce del testo appena approvato (cd. ddl Delrio) e degli sparuti richiami alla disciplina dei SPL in esso contenuti, è lecito formulare solo alcune considerazioni *ex ante* degli scenari futuri, in attesa di un intervento del legislatore che riordini quanto prima una materia che ha conosciuto fin troppi stravolgimenti nell'ultimo periodo (dal d.l. n.

³ cfr. sul punto D. MONE, *Città metropolitane. Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni*, in *Federalismi.it*, 2014.

112/2008 ad oggi): basti pensare al referendum del 2011 che ha determinato, tra le altre cose, l'abrogazione dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 sui SPL di rilevanza economica⁴.

Sul piano culturale, la definitiva istituzione delle città metropolitane in Italia, annunciata da vent'anni e finalmente varata, può essere messa in relazione al dibattito sorto nella dottrina internazionale sul cd. diritto alla città⁵, i.e. il diritto di godere nello spazio giuridico urbano (*rectius*, metropolitano) di un vasto catalogo di diritti, servizi e prestazioni.

Si tratta di un corollario logico del progresso tecnologico e dei processi demografici in corso, tali da mutare, evidentemente, la geografia amministrativa e gli stessi modelli organizzativi dei servizi pubblici locali.

La città metropolitana, così come concepita nel quadro della riforma, dovrà costituire un laboratorio virtuoso per la promozione di quell'intercomunalità mai decollata nel nostro Paese, eppure così sviluppata in esperienze giuridiche vicine (si pensi, soprattutto, alla Francia⁶).

Proprio in tema di cooperazione intercomunale, occorre sottolineare l'art. 8, co. 1, lett. c del ddl Delrio, il quale, a proposito delle funzioni della città metropolitana, prevede che «D'intesa con i comuni interessati, la città metropolitana può esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive»⁷.

⁴ Il legislatore statale, successivamente all'esito referendario, con l'art. 4, co. 28, del d.l. n. 138/2011 (cd. decreto di Ferragosto), successivamente rivisto dall'art. 9 l. n. 183/2011, aveva sostanzialmente riprodotto le disposizioni contenute nell'art. 23-bis di cui sopra, per tutti i SPL di rilevanza economica, ad esclusione del servizio idrico (per il quale si applica il diritto dell'Unione europea, cfr. C. Cost., sent. n. 24/2011). Successivamente, la Corte Costituzionale con sent. n. 199/2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011. Per la Consulta, l'art. 4 cit. rappresentava un tradimento della volontà popolare (cd. violazione del vincolo referendario) espressa in occasione della consultazione referendaria ex art. 75 Cost. La Consulta aveva avuto più volte modo di affermare il divieto sostanziale della normativa abrogata con referendum (cfr. *ex multis* sent. nn. 32-33/1993). In merito si veda A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 2012, pp. 1-8 e L. MUZI, *Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di servizio idrico integrato*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 3.

⁵ Si veda A. SEDJARI (a cura di), *Performance urbaine et droit à la ville*, Paris, 2011.

⁶ Per una trattazione sistematica della cooperazione intercomunale nel sistema francese si veda J.C. DOUENCE, *L'évolution des modes de gestion des services public industriels et commerciaux locaux*, in J.B. AUBY e S. BRACONNIER (a cura di), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Paris, 2003 e, da ultimo, il contributo di S. BRAMERET, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, 2012.

⁷ In tema di intercomunalità e al di fuori del richiamo alla città metropolitana, si precisa che all'art. 1, co. 4 ddl Delrio vengono

In una prospettiva astratta, la città metropolitana, così intesa, oltre ad essere soggetto responsabile della strutturazione di sistemi di gestione coordinata dei servizi (cfr. art. 8, co. 1, lett. c cit.⁸), si configura come l'ambiente principale per lo sviluppo della personalità dei suoi abitanti (cfr. art. 2 Cost.) e unità di misura minima del servizio universale, in conformità coi principi di eguaglianza, solidarietà, coesione sociale e territoriale.

Una città quale polo di attrazione delle energie umane e di adeguata risposta ai bisogni sociali (si pensi anche al diritto all'abitazione), non certo quale fattore escludente di segregazione e di sviluppo ineguale tra centro e periferie.

3. La città metropolitana di fronte alla ridefinizione degli ambiti territoriali ottimali

La città metropolitana, dunque, dovrà rappresentare una nuova dimensione funzionale al governo dei SPL per le comunità di riferimento.

L'introduzione di tali enti si sovrappone, sul piano temporale, con la ridefinizione, tuttora in corso in alcune regioni italiane, degli ambiti territoriali ottimali (ATO) di gestione del servizio idrico integrato (SII), già previsti dalla l. n. 36/1994 (cd. legge Galli).

Vi è da dire che mentre la città metropolitana risponde ad un criterio strettamente politico-amministrativo, l'ATO, perlomeno nelle intenzioni del legislatore del 1994, risponde ad un requisito di natura morfologica, ossia quello dei bacini idrografici, collocandosi quale unità di misura ideale per la gestione delle risorse idriche su un territorio particolarmente vario quale quello italiano.

Negli ultimi anni si sono susseguite numerose vicende normative, che meritano in questa sede di essere ricostruite.

Ai sensi dell'art. 2, co. 186-bis della l. n. 191/2009, «Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006 sono efficaci

previste le unioni di comuni (poi disciplinate al capo V, artt. 21 ss. del medesimo testo), quali enti locali costituiti da due o più comuni per l'esercizio associato di funzioni o servizi di loro competenza ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. n. 267/2000.

⁸ La disposizione citata, in tema di funzioni della città metropolitana, recita testualmente «strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano (...)».

in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge».

Il termine ivi previsto è stato prorogato prima al 31 dicembre 2011 e successivamente al 31 dicembre 2012⁹, ai sensi dell'art. 3, co. 2 d.l. n. 216/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 14/2012.

Alla luce del quadro descritto, pertanto, resta ferma la sussistenza nel nostro ordinamento dell'istituto dell'ATO (i.e. le circoscrizioni territoriali in cui è suddiviso il territorio di ciascuna regione), essendo state soppresse dal legislatore solo le relative Autorità.

Va da sé che le regioni chiamate a provvedere con legge regionale sulla materia (mentre si scrive vi sono ancora regioni che non vi hanno provveduto, ad es. la Campania) possono ridefinire gli ambiti territoriali, in ossequio a criteri di efficienza, economicità, ecologia¹⁰.

Il necessario distinguo tra ambiti e Autorità (malgrado le improprie sovrapposizioni che si registrano sovente nella vulgata) vale ad affermare un criterio di gestione del SII su scala sovra-comunale (*rectius*, del superamento della frammentazione verticale delle gestioni, cfr. art. 147, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 152/2006), al fine di scongiurare il rischio di una polverizzazione delle gestioni incoerente con il cd. principio di unitarietà¹¹.

Alla luce di tali considerazioni e nel quadro della riforma Delrio (si veda, in particolare, l'art. 8 sopra richiamato), le città metropolitane potrebbero divenire altrettanti ATO metropolitani in relazione alla gestione del SII, attesa anche la tendenziale coincidenza con i territori provinciali che gli ATO talora avevano nel precedente regime.

Un argomento negativo sul punto sarebbe offerto da quelle ipotesi in cui la natura dei bacini idrografici (criterio alla base dell'ottimalità degli ambiti) osta

⁹ L'art. 25 d.l. n. 1/2012 (Promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali) ha previsto l'inserimento di un art. 3-bis nel d.l. n. 138/2011 convertito nella l. n. 148/2011, rubricato "ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali". In particolare, si fissava al 30 giugno 2012 il termine per l'individuazione, con legge regionale, degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei individuati in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e si individuava l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte degli enti locali quale elemento di valutazione della "virtuosità" degli stessi ai sensi dell'art. 20, co. 3 d.l. n. 98/2011.

¹⁰ Sull'argomento si veda A. LUCARELLI, *Il Ruolo delle regioni nell'istituzione delle nuove autorità d'ambito*, in corso di pubblicazione su *Federalismi.it*.

¹¹ Sulla differenza tra unitarietà e unicità, si veda cfr. G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 670.

ad una delimitazione degli ATO su base metropolitana.

È evidente, pertanto, che occorre procedere ad una valutazione caso per caso, per la quale le regioni sono, ai sensi dell'art. 2, co. 186-*bis* della l. n. 191/2009, i soggetti istituzionalmente votati.

4. Nuovi modelli organizzativi del SII negli scenari della riforma

Come osservato in precedenza, l'istituzione delle città metropolitane si sovrappone, sul piano logico, con la ridefinizione degli ambiti territoriali ottimali per la gestione del SII.

Si tratta di un tema che si snoda tra categorie classiche del diritto pubblico¹² quali il regime delle competenze (dall'Unione Europea fino ai comuni) ed i modelli di gestione dei servizi di interesse economico generale, nella considerazione che dopo il referendum abrogativo del giugno del 2011 manca in Italia una disciplina di carattere generale in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

I tentativi legislativi sin qui intrapresi, sono stati sistematicamente censurati dalla Corte costituzionale, in prevalenza per difformità dalla volontà popolare espressa con i referendum del 2011.

Inoltre, in tema di organizzazione amministrativo-territoriale degli ambiti territoriali e non soltanto idrografici, da anni la legge statale richiede un intervento legislativo regionale al quale ad oggi non tutte regioni hanno ancora dato seguito.

Il legislatore statale, dunque, in una materia che include più competenze legislative esclusive, concorrenti, residuali (concorrenza, ambiente, governo del territorio, organizzazione di strutture amministrative non statali infraregionali) ha previsto che sia il legislatore regionale, con legge ad attribuire ad autorità amministrative di ambito poteri di scelta dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali e relative procedure di affidamento di cui agli artt. 148 e 201 d.lgs. n. 152/2006. In sostanza, come evidenziato in dottrina, sembra che il legislatore abbia utilizzato quale tecnica normativa l'iter argomentativo della sentenza della Corte costituzionale n. 303/2003¹³.

In particolare, come è noto, attraverso il meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà, la Corte ha configurato forme di flessibilizzazione del riparto di competenze previsto dall'art. 117 Cost. al fine di consentire che l'esercizio di funzioni amministrative (e legislative) sussistendo esigenze unitarie fosse allocato dalla legge in capo all'ente più comprensivo quando l'ente meno compren-

sivo non sia in grado di svolgere le funzioni medesime per ragioni di differenziazione e di adeguatezza¹⁴.

L'esigenza di carattere unitario è rappresentata dallo Stato che prevede con legge (ambiente, concorrenza, governo del territorio) che su tutto il territorio nazionale siano istituite autorità amministrative d'ambito e dal ruolo normativo delle regioni (governo del territorio, organizzazione amministrativa di enti infraregionali), le quali definiscono nei loro territori, con carattere appunto unitario, la *governance* delle autorità amministrative (aspetti strutturali e funzionali).

Il legislatore regionale, in forza della suddetta disposizione (la l. n. 191/2009), deve dunque intervenire sugli aspetti organizzativi e funzionali delle autorità amministrative di ambito (*governance*) e sulla delimitazione territoriale degli ambiti, riservando alle autorità stesse, enti di diritto pubblico¹⁵, sulla base dei principi di differenziazione, sussidiarietà ed adeguatezza (art. 118 Cost.) la scelta del modello di gestione del servizio e le relative procedure di affidamento, oltre al potere di vigilare sulla corretta gestione ed erogazione del servizio, verificando la congruità delle tariffe e attraverso il piano d'ambito, elaborando gli investimenti per mantenere la rete efficiente¹⁶.

La legge regionale, nel rispetto del regime delle competenze Stato-regione può legittimamente fissare degli indirizzi, privi di carattere prescrittivo e provvedimentale, orientando l'istituenda autorità idrica a valorizzare il modello pubblico-partecipato¹⁷ (vedi modello azienda speciale ABC di Napoli che prevede un modello di *governance* in grado di coinvolgere la citta-

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Il d.lgs. n. 152/2006 ha riconosciuto la personalità giuridica di diritto pubblico alle Autorità d'ambito, sia che i comuni siano integrati da una convenzione che da un consorzio. Sulla nozione di personalità giuridica di diritto pubblico si veda G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 14; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2000, pp. 839 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2000, p. 13; S. CASSESE, *Ente pubblico economico (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VI, Torino, 1975, p. 573; G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico) (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1968, pp. 1041 ss.; F. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, pp. 436 ss.

¹⁶ In merito alla natura giuridica degli ATO, sua natura e suoi poteri si veda V. PARISO, *La gestione del servizio idrico integrato*, in *Id.*, *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2010, pp. 124 ss.

¹⁷ Anche in merito al discorso sulla partecipazione interessante risulta il comma 1 dell'art. 1 l.r. Lazio n. 5/2014 che si pone quale obiettivo «di favorire le condizioni per la definizione e lo sviluppo di un governo pubblico e partecipato dell'intero ciclo integrato dell'acqua in grado di garantirne un uso sostenibile e solido». Oltre all'espresso richiamo ai bilanci partecipati (art. 3) ed ai principi di democrazia partecipativa di cui alla Convenzione di Aarhus (comma 3 dell'art. 3 e comma 1 dell'art. 8).

¹² A. LUCARELLI, *A mo' di introduzione. Pagine sparse sulle nuove forme e funzioni del diritto pubblico*, in *Id.* (a cura di), *Diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2010; A. LUCARELLI, *Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2011.

¹³ S. PARISI, *La competenza residuale*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 363.

dinanza attiva), evidenziando la speciale missione del servizio idrico che, come già evidenziato in base all'art. 106, comma 2 TFUE, consente l'affidamento *in house* della gestione del servizio stesso, al fine di favorire il soddisfacimento non sempre sufficientemente garantito dagli automatismi del mercato, dei bisogni vitali incomprimibili connessi all'uso del bene comune.

In questo senso, la legge regionale non può ignorare, nel rispetto degli artt. 5, 114, 117 e 118 Cost. il ruolo dei comuni (e laddove presenti le città metropolitane), che sempre in una logica di principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza, va valorizzato in ambito gestionale, come il livello di governo immediatamente rappresentativo delle comunità.

Ruolo dei comuni e delle comunità di riferimento che dovrebbero opportunamente fondersi in un'omogenea azione di determinazione dell'indirizzo politico-amministrativo delle nuove autorità d'ambito.

In questo senso, la *governance* delle autorità d'ambito, oltre ad essere rappresentativa di tutti i comuni (assemblea dei sindaci con poteri decisionali per quanto attiene alla determinazione e la revisione delle tariffe e l'esame a consuntivo della gestione del SII) e, laddove presenti delle città metropolitane e a prevedere tra i comuni convenzioni di cooperazione, dovrebbe immaginare anche organi rappresentativi delle comunità di cittadini, con funzioni consultive, propositive e di controllo, al fine di accentuare il legame tra il servizio e la collettività, in coerenza con i principi di governo pubblico partecipato e della concezione dell'acqua bene comune.

5. A mo' di conclusioni

In conclusione, si è potuto evidenziare come l'esercizio di potere amministrativo dei nuovi enti pubblici infraregionali, previsti dalla legge statale, la cui organizzazione spetta alla legge regionale, si basi su una pluralità di fondamenti giuridici (pluralismo del principio di legalità) che si concretizzano in organizzazione e attribuzione di poteri e funzioni e determinazione di procedure e limiti.

Le "nuove" autorità amministrative di ambito, i cui indirizzi ed obiettivi sono determinati con legge regionale, esercitano i loro poteri, segnatamente la scelta del modello di gestione e le procedure di affidamento del servizio, sulla base del diritto europeo (principio di legalità europeo), del diritto statale (Costituzione e legislazione di rango primario) e del diritto regionale, oltre che ovviamente tenendo conto dei risultati referendari del 2011 e della giurisprudenza della Corte costituzionale, che, come si è detto, con sentenza n. 199/2012 fissava in attuazione degli artt. 1 e 75 Cost. il principio del "vincolo referendario".

Il quadro europeo, con la sua *laica* elasticità, consente, come ben affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 24/2011¹⁸, una pluralità di modelli

di gestione (la cd. libera circolazione dei modelli di impresa in Europa¹⁹), indifferente a forme giuridiche ed assetti proprietari (principio di neutralità *ex art.* 345 TFUE), e deroghe alla regola della concorrenza (si veda in particolare art. 106, par. 2 TFUE²⁰, ma anche artt. 14 TFUE²¹ e 36 CEDF²²) anche in attuazione del principio di sussidiarietà verticale e di libertà di definizione.

La Costituzione, segnatamente attraverso il ricorso all'art. 43²³, consente l'utilizzo ed il ricorso a modelli di gestione di diritto pubblico, anche con il possibile

impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione dei servizi pubblici, caratterizzandosi al contrario per il principio di neutralità rispetto al regime pubblico o privato (art. 345 TFUE) della proprietà che insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale. In merito si veda A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale di fronte al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 6/2010.

¹⁹ Sul punto si vedano da ultimo la delibera della Corte dei Conti Sezione regionale di controllo per il Piemonte n. 365/2013, adunanza del 23 ottobre 2013 e la delibera n. 2/2014 della sezione delle Autonomie adunanza del 15 gennaio 2014. Con la prima, la Corte dei Conti sospendeva la pronuncia sottoponendo al Presidente della Corte dei Conti la valutazione dell'opportunità di deferire alla sezione delle Autonomie ovvero alla Sezione Riunite, ai sensi dell'art. 6 co. 4 d.l. n. 174/2012 le questioni circa la vigenza nell'ordinamento dell'obbligo per gli enti locali di trasformazione delle aziende speciali esercenti i servizi pubblici di cui all'art. 113, co. 1 del TUEL in società di capitali, sancito dall'art. 35 co. 8 della l. n. 448/2001, con la conseguente preclusione alla inversa trasformazione in aziende speciali di capitali che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica, quali il servizio idrico integrato. Con la seconda la Corte dei Conti dispone che l'operazione di trasformazione eterogenea di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico a rilevanza economica (nella specie il servizio idrico) in azienda speciale consortile, è compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi entrambi dotati di patrimonio separato, a garanzia dei terzi e dei creditori, e sia con le disposizioni pubblicistiche, intese a ricondurre tali organismi d un regime uniforme quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica. Inoltre, continua la Corte dei Conti che a seguito dell'intervenuta abrogazione dell'art. 9, co. 6 del d.l. n. 95/2012 è consentita la liquidazione di una società di capitali e la costituzione *ex novo* di un'azienda speciale consortile. Le pronunce sono entrambe commentate in A. LUCARELLI, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: Riflessioni a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in *Foro Amm. TAR*, n. 1/2014.

²⁰ Sul punto cfr. A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, 6/2010; A. LUCARELLI, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011.

²¹ Sul punto cfr. M. ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *E.L. Rev.*, 2000.

²² Sul punto si rinvia a A. LUCARELLI, *Art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

²³ A. LUCARELLI, *Commento art. 43 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, *passim*.

¹⁸ Corte Cost. n. 24/2011 chiarisce che il diritto europeo non

coinvolgimento delle comunità di riferimento, ed infine la normativa statale prevede che enti pubblici infraregionali, rappresentativi dei comuni, ed eventualmente anche della città metropolitana, in attuazione dei principi di cui al primo comma dell'art. 118 Cost., siano titolari di funzioni amministrative relative alla gestione ed alle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali.

In questo articolato scenario normativo e giurisprudenziale, si inserisce il ruolo politico-legislativo assegnato alle regioni che, pur nel rispetto del regime delle competenze di cui all'art. 117 Cost. e dell'elastica applicazione del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.), può (e deve) realizzare il cd. fondamento giuridico "regionale"; ovvero dettare principi e criteri, ovviamente espressione di un determinato indirizzo politico, tali da orientare, ma non vincolare, le isti-

tuende autorità amministrative nella scelta dei modelli di gestione.

Si tratta dunque di scelte di indirizzo politico di livello regionale, pienamente rispettose del regime delle competenze, che possono prediligere determinati modelli di gestione, anche nella considerazione che la recente sentenza della Corte dei Conti, sezione delle autonomie del 23 gennaio 2014 ha ritenuto implicitamente abrogato l'art. 35, co. 8 l. n. 448/2001 che obbligava la trasformazione delle aziende speciali in s.p.a., consentendo, al contrario, la gestione "pubblica" dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

È in tale scenario ancora in divenire che dovrà inserirsi l'azione della città metropolitana, quale propulsore di coesione sociale e territoriale nell'organizzazione e nell'erogazione di servizi di interesse generale a beneficio della collettività.

Impugnabilità dell'estratto di ruolo nel processo tributario

sommario

Premessa. Impugnabilità dell'estratto di ruolo e latitudine della tutela giurisdizionale. - **1.** La posizione (ondivaga) della giurisprudenza. - **2.** Una pregevole sistemazione argomentativa con approdi non condivisi. - **3.** Conclusioni e sistemazioni casistiche.

Premessa. Impugnabilità dell'estratto di ruolo e latitudine della tutela giurisdizionale.

La questione di cui si intendere discutere afferisce ad una delle problematiche più dibattute del processo tributario nella recente esperienza pretoria. Il tema in realtà si innesta su scenari molto più ampi, mettendo a confronto la possibilità di tutela giurisdizionale, costituzionalmente garantita *ex art. 24*, ed i presupposti per poter accedere alle aule di giustizia, secondo un'ottica che sempre più ne evidenzia la natura di bene-servizio non illimitato ma necessariamente ancorato a selezionate opzioni di politica giudiziaria in ragione delle sue intrinseche caratteristiche di pienezza, effettività e celerità in un quadro sempre più contingentato di risorse umane e finanziarie a disposizione.

Trattasi dell'affannosa questione che ha innestato un acceso dibattito, soprattutto a seguito di pronunce giurisprudenziali, spesso contraddittorie, circa l'immediata impugnabilità dell'estratto di ruolo. La questione potrebbe investire diversi aspetti: ipotesi in cui al debitore è notificato il mero estratto, in luogo del ruolo e della cartella (ovvero lo stesso venga in rilievo per effetto della conoscenza di altri atti connessi all'esercizio del potere di imposizione tributaria; iscrizione ipotecaria; fermo amministrativo), nonché e soprattutto il caso in cui il debitore sia giunto in possesso del ruolo per vie alterne.

Nel primo caso, essendo il contribuente comunque inciso da un atto espressione del potere impositivo o di riscossione, non vi sono particolari dubbi circa la possibilità di immediato accesso alla tutela giurisdizionale tributaria. È lo stesso concessionario della Amministrazione finanziaria ad aver notificato l'estratto o esercitato modalità di azione che il ruolo tende ad supportare e chiarire, quasi a renderlo un surrogato sostitutivo degli atti immediatamente impugnabili *ex art. 19*.

La seconda e più spinosa questione, invece, è quella che ha animato il dibattito su accennato. Giova da subito premettere che si intende fare riferimento all'ipotesi in cui, a differenza della prima, non è il concessionario a notificare l'estratto o altro atto ad esso connesso e consequenziale, ma è lo stesso debitore a recarsi presso l'impiegato di turno e a chiederne l'esibizione, a mo' di cittadino diligente.

Il "suicidio" tributario del debitore, seppur magari mosso da nobili ragioni, non lascia dormire sonni tranquilli ai giuristi, specie agli esperti di diritto processual-tributario. Se dall'estratto risultano pretese tributarie di cui il debitore, in ipotesi senza mai vedersi notificata la relativa cartella di pagamento, risulta ignaro, *quid iuris?*

In altre e più dirette parole: la *querelle* sull'impugnabilità dell'estratto ruolo non è (solo) una delle tante dispute, più o meno dotte, che occupano il dibattito processual-tributario e più in generale gli studiosi ed operatori del diritto; involge, al di là dei profili tecnico-giuridici e dei necessari apparati logico-concettuali, un piano assiologico più profondo, quasi un nervo scoperto dei moderni sistemi democratici: il rapporto tra l'accesso alla tutela giurisdizionale ed il corretto funzionamento della macchina processuale.

I termini della questione, dunque, sono chiari e facilmente sintetizzabili: ci si chiede se possa trovare ingresso nel processo tributario una domanda volta a contestare una pretesa tributaria per il fatto che il contribuente abbia autonomamente preso cognizione della stessa richiedendo e conseguendo dal concessionario del servizio di riscossione dei tributi un documento (estratto di ruolo) da cui emergano una o più poste debitorie, eventualmente raccordate a cartelle di pagamento di cui assume mai aver ricevuto notizia.

Più complessi e soggettivamente opinabili gli scenari di contorno.

1. La posizione (ondivaga) della giurisprudenza

Sul tema la giurisprudenza di legittimità non sempre si è mostrata uniforme ed è comprensibile l'attesa degli operatori del settore per un intervento (risolutivo?) delle Sezioni Unite.

Gli ermellini, in particolare, nel corso del medesimo anno, si sono mostrati traballanti, giungendo ad

opposti risultati, sminuendo il ruolo nomofilattico attribuito alla Corte di cassazione.

Diverse pronunce hanno optato per la non immediata impugnabilità dell'estratto di ruolo disgiuntamente dalla cartella esattoriale. Sotteso a tale orientamento è il carattere dell'estratto, quale atto meramente interno all'Amministrazione finanziaria. Nel caso di specie mancherebbe l'interesse ad agire richiesto per adire tutela giurisdizionale, così come prescritto dall'art. 100 c.p.c. Inoltre il processo tributario non ammetterebbe azioni di mero accertamento negativo della pretesa debitoria e l'estratto di ruolo non sarebbe impugnabile, nonostante il suo contenuto sia pedissequamente trasfuso nell'atto impositivo, nemmeno se notificato dopo la cartella esattoriale. Quest'ultima è il titolo esecutivo, che neutralizzerebbe, una volta notificata, la stessa rilevanza del ruolo, atto presupposto.

Sul versante opposto alcune pronunce hanno ammesso l'immediata impugnazione dell'estratto di ruolo ricevuto dall'impiegato dell'Ufficio del Concessionario, sul presupposto che la legittimazione ad agire sarebbe presente nel caso di specie, poiché il ruolo, seppur atto interno, concretizzerebbe la pretesa debitoria anche in caso di omessa notificazione della cartella esattoriale.

Potrebbe da subito sottolinearsi che, seppur l'estratto contenga quanto poi sarà trasfuso all'interno dell'atto impositivo, è pur sempre un atto meramente interno, con efficacia lesiva solo potenziale e non effettiva. La lesione, ai fini dell'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c. deve essere concreta ed attuale. Inoltre, seppur l'obbligazione tributaria sorge *ex lege*, l'estratto di ruolo, anche se ne perfeziona la struttura, non ha capacità di esteriorizzare la volontà fiscale: l'atto seppur perfetto, è inefficace.

In tal senso, da ultimo, la Suprema Corte (sent. n. 6395 del 19 marzo 2014) ha avuto modo di precisare che l'estratto di ruolo, che è atto interno all'Amministrazione, non può essere oggetto di autonoma impugnazione, ma deve essere impugnato unitamente all'atto impositivo, notificato di regola con la cartella nella quale il ruolo viene trasfuso, in difetto non sussistendo un interesse concreto e attuale del contribuente, *ex art.* 100 c.p.c., ad instaurare una lite tributaria, che non ammette azioni di accertamento negativo del tributo (Cass. n. 66010/13); e ciò, perfino nel caso in cui l'estratto di ruolo sia notificato di seguito alla cartella di pagamento, e non in luogo di essa, atteso che detto atto non esprime una pretesa tributaria autonoma da quella portata dalla cartella, sulla quale soltanto si fonda l'azione esecutiva (Cass. 1837/10). Per tali ragioni, pertanto, non appare condivisibile l'assunto di una recente pronuncia della stessa Corte (Cass., ord. n. 2248/14), secondo cui la mera consegna da parte di un dipendente dell'Ufficio di una copia dell'estratto di ruolo, non seguita dalla formale notifica del ruolo in luogo della cartella, potrebbe legittimare l'impugnati-

va da parte del contribuente. Ivi, in particolare, si legge che non è preclusa l'impugnazione dell'iscrizione a ruolo del carico tributario, conosciuta dal contribuente direttamente dal dipendente addetto all'Ufficio del Concessionario per la riscossione mediante consegna allo stesso della copia dell'estratto del ruolo, piuttosto che attraverso la notifica della cartella di pagamento, in quanto la legittimazione all'impugnazione dell'estratto del ruolo, unitamente alla cartella di pagamento che si assume non essere stata notificata, trova il proprio fondamento nella avvenuta formazione del ruolo stesso che, ancorché atto interno dell'Amministrazione finanziaria, costituisce strumento attraverso il quale si concretizza nei confronti del contribuente una pretesa tributaria definita, compiuta e non condizionata nonché valido e legittimo titolo per la riscossione del tributo.

2. Una pregevole sistemazione argomentativa con approdi non condivisi

Evidentemente l'eco di tale altalenante posizione non ha tardato a risuonare nelle riflessioni della dottrina, soprattutto in quella di un recentissimo scritto¹, che da par suo, tratteggia le direttrici fondamentali della questione, affrescando un dipinto profondamente lineare e stringentemente argomentato, che porta alla consequenziale conclusione dell'impugnabilità dell'estratto di ruolo, trovando supporto (ma in realtà, vista anche l'estrema – eccessiva? – sinteticità di *ratio decidendi*, finendo per supportarla egli stesso) nella citata ordinanza dei giudizi di legittimità del dicembre 2013.

Lo studioso si muove lungo due basilari linee prospettive: una coordinata ermeneutica di stampo formale-letterale-sistematico ed una argomentazione interpretativa sostanziale-contenutistico-assiologica.

Nel primo senso, si richiama, per un verso, il principio che possiamo definire di cd. tipicità temperata degli atti impugnabili *ex art.* 19 del d.lgs. n. 546/92, per il quale pare ormai consolidato il condivisibile assunto per cui, pur discorrendosi di tassatività, tipicità e determinatezza degli atti autonomamente impugnabili, va riconosciuta, in un'ottica di interpretazione costituzionalmente conforme (art. 24 e 113 Cost.), la possibilità di un'opzione ermeneutica estensiva dell'elenco ivi contenuto con riferimento ad atti con effetti omogenei a quelli elencati e che comunque portano a conoscenza del contribuente una determinata pretesa tributaria, così da rendere attuale e concreto l'interesse a ricorrere al Giudice competente al fine di vagliare la legittimità della pretesa stessa. In tal modo risulterebbe svuotato l'*argumentum a contrario* per cui l'estratto di ruolo, quale atto interno e non riconducibile ai tipi *ex art.* 19 cit., sarebbe per ciò solo non impugnabile. In

¹ NICOLA GRAZIANO, in *Guida al Diritto*, n. 14 del 29 marzo 2014, p. 38 e ss.

altri e più stringenti termini, optando per una lettura estensiva del catalogo degli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario, si è ammorbido il tenore letterale e tassativo della norma, puntando ad una equiparazione tra atti che producono effetti omogenei. Si è così sostenuto, anche valorizzando il dato normativo tratto dal 3° comma della norma in esame, che, seppur l'estratto di ruolo non sia elencato tra gli atti immediatamente impugnabili, ha tuttavia la capacità di portare a conoscenza del debitore l'obbligazione di cui è parte in causa, al pari di quanto avviene con l'avvenuta conoscenza del ruolo e della cartella di pagamento. Da qui il passo è stato breve per ritenere l'estratto di ruolo immediatamente impugnabile, varcando il tenore letterale e la tassatività della norma.

Per altro verso (ed in stretto collegamento), s'osserva come, al di là della qualificazione giuridico-formale dell'estratto di ruolo, per il suo tramite si mira comunque a contestare la sussistenza della pretesa tributaria, cosicché in tal senso, ed a queste condizioni, può parlarsi di azione di accertamento negativo della pretesa tributaria (e quindi non di azione di mero accertamento negativo). Attraverso l'impugnazione dell'estratto di ruolo si mira ad ottenere un accertamento meramente negativo della pretesa tributaria.

Ancora una volta, non può non condividersi il rigore del ragionamento e la correttezza dell'assunto conclusivo: anzi parrebbe evocata la teoria della natura formalmente impugnatoria ma sostanzialmente accertativo-dichiarativa del processo tributario, in cui cioè, se l'accesso al processo avviene attraverso l'impugnazione di un atto entro termini decadenziali, nondimeno l'oggetto va individuato nella sussistenza della contestata pretesa tributaria, risolvendosi prototipicamente in un'azione di accertamento negativo con inversione dei ruoli tra attore in senso formale e sostanziale e conseguente riparto dell'onere della prova.

Nondimeno siffatto percorso appare viziato in radice, sicché, pur nella stringente rigidità del sillogismo logico-deduttivo, mette capo a conclusioni non condivisibili per la distonia delle premesse da cui muove.

Ed, inverò, il riferimento al catalogo degli atti impugnabili ed il superamento della teoria del *numerus clausus*, perfettamente condivisi in sé, appaiono in realtà non pertinenti ed anzi, seducentemente fuorvianti: il problema, si vuol dire, non è la non riconducibilità dell'estratto di ruolo ai tipi elencati ex art. 19, ma la sua natura "interna", cioè la circostanza che la relativa conoscenza non sia avvenuta su iniziativa del concessionario (che in tal senso attiva, attualizza ed esercita la pretesa tributaria), ma *motu proprio* dal contribuente; il piano, in altri termini, non è quello del tipo (essendo indubbiamente atto che racchiude gli elementi essenziali della pretesa), ma quello delle modalità e forme di esercizio della pretesa. L'ingresso nella sfera giuridica, che pure sapientemente viene invocato, non ha luogo per impulso della parte creditrice

(salvo l'ipotesi di notifica dell'estratto di ruolo che ovviamente vale notifica della cartella), ma su iniziativa del debitore (quasi come, per rimanere nel paragone, si recasse presso il concessionario e ritirare la cartella di pagamento di propria autonoma ed apparentemente suicida iniziativa).

Se il cd. estratto di ruolo è il documento che riassume le "partite pendenti" che riguardano un contribuente, solo a seguito della sua notifica a quest'ultimo da parte del concessionario diviene atto *ex se* impugnabile; tale non è quello che il cittadino si procura di sua iniziativa, recandosi presso lo sportello del concessionario, atteso che esso rimane allo stadio di mera "stampata" ad uso interno privo di rilevanza esterna, al rango, cioè, di mero elenco di dati, privo di autonomia impositiva ed idoneo ad incidere sulla capacità impositiva del contribuente.

L'estratto di ruolo direttamente auto-acquisito, detto altrimenti, non costituisce una pretesa autonoma rispetto a quella rappresentata dalla cartella esattoriale, con la notifica della quale l'agente per la riscossione "preannuncia" la propria volontà di procedere *in executivis* in danno del contribuente inadempiente, sicché la mancanza, in presenza di mero estratto autoprodotta, di qualsivoglia atto valutabile in termini di "intimazione di pagamento" da parte dell'esattore fa venire meno un valido ed attuale interesse ad agire, tantomeno nelle forme dell'opposizione preventiva.

Allora ecco che i nodi cominciano a sciogliersi, venendo al pettine: da quando decorre il termine decadenziale per l'impugnare l'atto così conosciuto? O ancora: è possibile, richiedendo più estratti, di volta in volta determinare l'avvio di un nuovo termine decadenziale (salvo a dire che il concessionario potrebbe eccepire la tardività provando che la pretesa si è consolidata per definitività a seguito del ritiro del primo estratto ruolo)?

Tutte tematiche che significativamente si presentano affini a quelle già esplorate in merito al meccanismo procedimentale-processuale dell'accertamento negativo connesso ad un illecito permanente di un soggetto pubblico, quali ad esempio le analoghe problematiche in tema di cd. (appunto) impugnazione del silenzio della PA ex art. 31 cpa (che in realtà è azione di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo a provvedere), in cui, proprio per evitare che il termine non decorresse mai, si è positivamente fissato attraverso l'ennesima rinnovazione del disposto dell'art. 2 l. 241/1990 una scadenza annuale, con salvezza peraltro della possibilità di reiterare l'istanza e fluire di un nuovo *tempus ad impugnationem* (cfr. oggi il chiaro disposto di cui al primo capoverso del citato art. 31 c.p.a.). Al fine di evitare che il cittadino brancolasse nel buio davanti all'inerzia dello Stato e al contempo quest'ultimo fosse indeterminatamente soggetto ad un'azione di accertamento dell'inadempimento obbligo a provvedere, oggi è previsto il termine di un anno per impugnare il

“silenzio attizio”, decorrente dalla scadenza del termine a provvedere ex art. 2 l. 241 del 1990, con possibilità di successiva riattivazione.

Detto altrimenti il *modus* peculiare di conoscenza svilisce anche le ragioni di certezza sottese alla previsione di termini decadenziali. Il debitore, chiedendo continue copie dell'estratto ruolo, porterebbe il termine decadenziale a non spirare mai, creando una sorta di scorrere nel tempo *sine die*. Addirittura, attivandosi prima della notifica delle cartelle di pagamento, finirebbe per anticipare il vaglio giurisdizionale anteriormente alla stessa concretizzazione della pretesa in contestazione. La *voluntas Legislatoris*, sottesa alla previsione di termini decadenziali, si muove in senso prettamente opposto: basta ricordare l'incertezza che si generava in caso di silenzio significativo della P.A.

In questo senso appare meno sbrigativamente liquidabile la questione dell'azione di mero accertamento negativo: se può condividersi con l'assunto generale secondo cui il processo tributario (come, e prima e più, di quello giurisdizionale-amministrativo) sia un giudizio sul rapporto e non sull'atto (costituendo quest'ultimo solo il veicolo attraverso cui il contenzioso prende corpo e forma), nondimeno è ancora una volta la trasmissione dell'atto, in quanto estrinsecazione della volontà di procedere all'esercizio del potere impositivo-riscossorio, che rende sussistente la pretesa e con essa concreta ed attuale la lesione con conseguente, indefettibile riconoscimento del diritto all'accesso alla tutela giurisdizionale. Immediato il paragone con l'evoluzione subita dal processo amministrativo, che, da giudizio sull'atto, è divenuto giudizio sul rapporto (si pensi all'art. 31 co 3 del cpa, che, a date condizioni, permette al giudice amministrativo di indagare la fondatezza della pretesa, consegnando al privato il bene della vita agognato). Ancor di più nel processo tributario, che è giudizio su diritti e sulla pretesa del contribuente di non essere assoggettato ad imposta al di là dei limiti di legge, seppur si impugna l'atto impositivo in termini decadenziali, al vaglio dell'interprete vi è pur sempre la verifica della sussistenza dei presupposti per ritenere la pretesa tributaria fondata. Si guarda al rapporto tramite “*il prisma dell'atto*”.

Orbene, anche in questa chiave, la mera conoscenza notiziale, conseguente ad un atto *motu proprio* acquisito, non sembrerebbe idonea a determinare quella situazione di *vulnus* in termini attualità e concretezza alla propria sfera giuridica, che sostanza la controversa categoria logica-giuridica dell'interesse al ricorso.

Questo passaggio ci traghetta poi sul reale nervo scoperto della problematica: la configurabilità, consistenza e meritevolezza dell'interesse sotteso all'impugnazione di un estratto di ruolo nei termini sopra descritti.

3. Conclusioni e sistemazioni casistiche

Sul punto l'esperienza pretoria evidenzia tre fondamentali linee di articolazione.

L'estratto di ruolo viene impugnato in occasione ed unitamente ad un distinto atto tributariamente rilevante dal punto di vista processuale e prim'ancora sostanziale, in termini di autonoma portata effettuale e lesiva (soprattutto iscrizione ipotecaria e fermo amministrativo), dal quale è scaturita la conoscenza della propria posizioni debitoria che, a sua volta, il richiesto estratto di ruolo specifica e descrive nei suoi singoli elementi costitutivi. In tale ipotesi, quantomeno rispetto all'atto finale, non pare sussistano dubbi sull'ammissibilità del gravame, rimanendo però discusso se il *decisum* debba arrestarsi ad esso o possa estendersi anche alla sottostante consistenza del rapporto tributario, sfociando (in ipotesi di accoglimento) nell'annullamento anche dell'estratto di ruolo ovvero, secondo altra variante, delle cartelle ivi menzionate (in quanto mai notificate o comunque prive di riscontro probatorio in ordine alla loro rituale notifica; ovvero per maturata prescrizione o decadenza; *et similia*).

L'estratto ruolo viene impugnato in termini assoluti e del tutto autosufficienti, nel senso che l'interesse sotteso all'impugnazione è (in termini espliciti o implicitamente) la mera rimozione di una condizione di soggezione debitoria in capo al contribuente che viceversa ne assume l'inconfigurabilità nei suoi confronti. L'azione processuale tende alla esclusiva rimozione dello stato di incertezza sul proprio *status fiscali*, senza alcun'ulteriore implicazione, quasi che il ricorso puro e crudo contro il ruolo trovi giustificazione nel pathos di sentirsi sottoposto a pretese tributarie non soddisfatte o procedure di riscossione potenziali o pendenti.

L'estratto di ruolo, pur venendo in rilievo come unico atto oggetto di formale impugnazione, è tuttavia lo strumento per definire l'esatta portata del sottostante rapporto tributario-sostanziale, atteso che la sussistenza, ivi rappresentata, di poste debitorie produce effetti lesivi al contribuente non già all'interno del rapporto tributario in senso stretto, ma in altri contesti in cui in qualche modo quella situazione assume significatività (diniego di finanziamenti o prestiti da parte di istituti di credito in ragione dell'accertata situazione di debenza tributaria; blocco del nominativo del contribuente-ricorrente nel cd. circuito finanziario, per notizie e dati pregiudizievoli relativi a pretese tributarie e procedure di riscossione; in generale diniego, revoca, non ammissione a benefici *lato sensu* economici per effetto della propria posizione di irregolarità fiscale e tributaria). In tale ipotesi – non *motu proprio* ma nemmeno per effetto di un successivo atto di esercizio della pretesa tributaria – il contribuente si reca presso gli sportelli dell'agente della riscossione per capire la sua posizione e chiedere estratto ruolo al fine di controllare l'eventuale sussistenza e regolarità delle relative pretese e procedure.

Evidentemente quest'ultima è la situazione giuridico-fattuale più delicata e controversa, atteso che, come appare sopra chiarito, nell'ipotesi *sub A*) non pare revocabile in dubbio la (almeno parziale) ammissibilità del gravame, sfociando la cognizione sull'estratto ruolo (quantomeno) nell'antecedente logico-decisionale onde pervenire al giudizio sul consequenziale atto applicativo, certamente *ex se* lesivo (ipoteca o fermo amministrativo). Parimenti, nell'ipotesi *sub B*), affermare del pari l'ammissibilità del gravame pare costituire un'eccessiva forma di anticipazione della soglia di tutela, in presenza di un interesse al più potenziale e futuro, correlato alla mera eventualità dell'attivazione da parte del concessionario di azioni esecutive mediante ricorso all'espropriazione forzata sulla base del ruolo che costituisce titolo esecutivo per la riscossione delle somme non pagate (art. 49, I co, d.P.R. n. 602/1973). In tal senso, se è indubbio che il ruolo rappresenta lo strumento attraverso il quale la PA afferma e porta ad esecuzione una ragione di credito in maniera unilaterale (senza cioè l'intermediazione di un'autorità giudiziaria), nondimeno, per un verso, la sede esecutiva, ove concretamente azionata, sarà quella in cui vagliare l'esistenza e la consistenza del diritto ad agire *in executivis* con gli strumenti all'uopo previsti (opposizione all'esecuzione; opposizione agli atti esecutivi) ovvero, per quanto ivi non deducibile, per altro verso (allora e solo allora) potrà prospettarsi un sindacato da parte del giudice tributario sulla pretesa sostanziale in questione.

Diversamente, la configurazione *sub C*) si presente come una zona grigia, un'area intermedia in cui i valori della pienezza ed effettività della tutela processual-tributaria potrebbero diversamente essere declinati a seconda che si intenda allargarne o meno l'ambito di intervento.

È indubbio che in tali evenienza (come *sub A* e diversamente da *sub B*) sussiste in termini di attualità, concretezza e personalità una posta di pregiudizio in qualche modo riconducibile alla conformazione del rapporto tributario, quale incartato nell'impugnato estratto di ruolo; tuttavia parrebbe del pari indubbio che (a differenza dell'ipotesi *sub A*) questa lesione prenda corpo non nell'ambito dello stesso rapporto tributario, ma in un diverso contesto sostanziale (consumatore-banca; professionista-circuito finanziario; aspirante al beneficio-ente preposto alla sua erogazione previa istruttoria e verifica dei presupposti di ammissione della relativa istanza).

In tal senso, sembrerebbe più coerente con il sistema quale in precedenza descritto optare per la conclusione secondo cui, da un lato, la mancata attivazione della pretesa tributaria impedisce un sindacato diretto (cognitorio, istruttorio e decisorio) da parte del giudice tributario in ordine alla sussistenza, consistenza e regolarità delle pretese tributarie e delle relative procedure di riscossione; dall'altro lato, l'eventuale illegitti-

mità di queste ultime, quali ragioni dell'impedimento al conseguimento dell'agognato vantaggio economico, potrebbe rilevare, in via incidentale e di cognizione indiretta, quale antecedente logico su cui fondare, nella distinta e propria sede processuale, una pretesa risarcitoria in danno dell'ufficio impositore o dell'agente di riscossione, colorando in termini di ingiustizia *ex art. 2043 c.c.* il pregiudizio subito *aliunde* dal contribuente. In questa direzione, appare esservi maggiore corrispondenza tra la prospettata lesione ed il correlativo interesse (mancata erogazione di finanziamenti e prestiti; impossibilità di ricevere pagamenti o diniego di essere ammesso ad altri benefici) ed il tipo di decisione che il giudice va ad assumere: l'accertata insussistenza o diversa consistenza della propria posizione debitoria, quale emergente dal richiesto estratto di ruolo, si pone nel distinto giudizio risarcitorio quale condotta *contra jus* che ha prodotto un pregiudizio *non jure*, fonte di responsabilità aquiliana e costitutivo del diritto alla tutela per equivalente mediante condanna al ristoro dei nocimenti in tal senso subiti, parametrato cioè al mancato utile ingiustamente non conseguito per effetto dell'erronea situazione debitoria emergente dal contestato estratto di ruolo.

In conclusione, alla luce di tali coordinate ermeneutiche, appare più nitido o comunque meno opaco l'assunto per cui, nei termini sopra descritti e nei limiti sopra indicati, l'effetto lesivo dell'estratto di ruolo è meramente potenziale, quasi a dire ipotetico o comunque rilevante al di fuori del perimetro cognitorio e decisorio del giudice tributario. Esso si concretizza ed attualizza solo con la manifestazione di volontà esteriorizzata della pretesa impositiva da parte dell'Amministrazione. Solo in tal modo si concretizza l'intesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* che, secondo chiovendana memoria, è l'interesse primordiale della tutela giurisdizionale, e, come condizione dell'azione, deve sussistere al momento della domanda, pena - si badi bene, qualora si abbandoni la comoda strada della declaratoria in rito di inammissibilità del ricorso, arrestandosi alla soglia del giudizio ed evitando, attraverso la neutra affermazione della non impugnabilità dell'estratto di ruolo quale atto inidoneo a determinare *ex se* l'accesso alla giustizia tributaria, il sindacato sulla consistenza del rapporto sostanziale controverso - una pronuncia di rigetto nel merito da parte del giudice, con idoneità della stessa a passare in giudicato.

a cura di Almerina Bove

Dottore di ricerca e Avvocato presso l'Avvocatura Regionale della Campania

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 Aprile 2006, n.163 e ss. mm.)

Aggiudicazione provvisoria – Illegittimità – Non determina un'invalidità caducante dell'aggiudicazione definitiva, ma meramente viziante

Nell'ambito del rapporto di presupposizione corrente fra atti inseriti all'interno di un più ampio contesto procedimentale occorre distinguere fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, atteso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto determina l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale senza bisogno che questo ultimo sia stato autonomamente impugnato, nel mentre in caso di invalidità ad effetto viziante l'atto consequenziale diviene invalido per vizio di invalidità derivata, ma resta efficace salva apposita e idonea impugnazione, resistendo all'annullamento dell'atto presupposto: e la figura dell'invalidità ad effetto caducante non ricorre fra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, perché l'aggiudicazione provvisoria è solo un atto endo-procedimentale, dagli effetti ancora instabili e meramente interinali, nel mentre autonoma incidenza lesiva assume soltanto l'aggiudicazione definitiva, quale provvedimento di formale ricezione, da parte dell'amministrazione, dell'esito della gara, con nuova e conclusiva valutazione degli interessi (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011 n. 4998).

Alle medesime conclusioni si perviene in relazione al giudizio avente ad oggetto l'esclusione dal procedimento ad evidenza pubblica, in quanto l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva non può che comportare (di norma e salvo casi particolari che non ricorrono nella specie), l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione (così, ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011 n. 6093 e sez. VI, 29 aprile 2013 n. 2342; Cons. giust. Reg. Sic., sez. giurisd., 25 febbraio 2013, n. 281, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.).

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2710

Pres. FF Vito Poli, Est. Fulvio Rocco

Anomalia dell'offerta – In caso di appalto escluso, ove la PA preveda la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, essa si autovincola in tal senso

In merito ad un appalto escluso dall'applicazione della normativa del codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che sebbene, ai sensi degli artt. 17 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006, la procedu-

ra riguardante la verifica dell'anomalia dell'offerta non sia obbligatoria quando questa ha per oggetto contratti esclusi, tuttavia la stessa è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, la cui determinazione è sindacabile in sede giurisdizionale se microscopicamente irragionevole (Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3059).

Ove l'amministrazione appaltante preveda lo svolgimento della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, in tal modo essa si autovincola.

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2752

Pres. Luigi Maruotti, Est. Carlo Saltelli

Anomalia dell'offerta – I valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, ed un eventuale scostamento non determina di per sé l'anomalia, essendo necessario operare una valutazione complessiva dell'offerta

Ferma la legittimità della determinazione assunta dall'amministrazione appaltante di affidare la valutazione delle offerte presentate ad un consulente di propria fiducia, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale l'offerta deve essere valutata nella globalità dei servizi e delle prestazioni a questi riferibili, non rilevando (ai fini della verifica della anomalia) che lo svolgimento di un servizio di non rilevante entità, rispetto al complesso di quelli offerti, sia offerto sottocosto, in quanto compensabile con quanto ricavato dallo svolgimento degli altri servizi (caso di offerta di servizio in cui i costi medi della manodopera si discostano in modo enorme da quelli individuati dal decreto ministeriale sul costo del lavoro, Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314).

Ai sensi dell'art. 86, del d.lgs. n. 163 del 2006, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta sotto tale profilo, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima ex se un giudizio di anomalia, potendo essere accertato quando risulti puntualmente e rigorosamente giustificato (Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2013, n. 1633; 29 maggio 2012, n. 3226)

Con particolare riguardo alla questione del costo del lavoro, è stato anche affermato che un'offerta non può essere ritenuta senz'altro anomala e comportante l'automa-

tica esclusione dalla gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali, giacché queste ultime non costituiscono parametri inderogabili, ma solo indici del giudizio di congruità; così che – ai fini del giudizio di anomalia dell’offerta – è necessario che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4306), purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (Cons. Stato, sez. III, 28 maggio 2012, n. 3134).

È quindi necessario operare una valutazione complessiva della eventuale anomalia dell’offerta, verificando cioè, anche alla luce della giustificazioni, osservazioni e controdeduzioni fornite dalla società interessata, se le discordanze concernenti i costi del lavoro, ancorché in assoluto di per sé non giustificabili, potessero in concreto trovare giustificazioni o compensazioni in altri voci dell’offerta proposta.

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2752

Pres. Luigi Maruotti, Est. Carlo Saltelli

Esclusione dalla gara – Attribuisce legittimazione ed interesse al ricorso, ove volto alla restituzione dell’opportunità partecipativa, attraverso la rinnovazione del procedimento di gara

Secondo condivisibile e recente giurisprudenza (Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014 n. 9), l’ordinamento riconosce piena tutela all’interesse cd. strumentale, ossia quello che giustifica il ricorso al giudice non già ai fini della conservazione o diretto ed immediato riconoscimento della posizione finale di aggiudicatario, quanto, più riduttivamente, in vista di una tutela della sola condizione partecipativa, ottenibile attraverso l’azzeramento di tutte, o quasi, le attività compiute nel procedimento, i cui vizi ne impediscono la fisiologica conclusione.

L’atto di esclusione costituisce, in fondo, lesione di un interesse meramente partecipativo del concorrente, avuto riguardo alla complessiva dinamica procedimentale, sebbene esso sovente sia costruito in termini di provvedimento finale, venendone così relativizzati gli effetti alla sola posizione di chi abbia subito l’effetto di estromissione. La citata giurisprudenza ha così ritenuto ammissibile la tutela giurisdizionale ove l’interesse sostanziale finale possa essere comunque raggiunto attraverso la sola restituzione dell’opportunità partecipativa, senza che vi sia alcun margine di incertezza sull’assetto conseguente alla rinnovata azione amministrativa; ove non sia certa la ricostituzione di tale condizione originaria o questa, comunque, non consenta al concorrente di partecipare utilmente al procedimento, l’interesse azionato resterebbe privo di sostanziale contenuto e come tale immeritevole di tutela.

T.a.r. Campania-Napoli, sez. I, 05 giugno 2014, n. 03113

Pres. Cesare Mastrocola, Est. Paolo Corciulo

Capacità economica e finanziaria – Documenti atti a comprovare la capacità – La PA gode di ampia discrezionalità nella scelta, senza che in capo ai concorrenti possa ravvisarsi la facoltà di validamente surrogare le referenze bancarie richieste

Ai sensi dell’art. 41, comma 1, del d.lgs. 163 del 2006, come sostituito dall’art. 2, comma 1, lettera l), numero 1), del d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152 (prima della novella introdotta per effetto del D.L. 6 luglio 2012 n. 95 convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012 n. 135, non applicabile ratione temporis al caso in parola), la stazione appaltante è titolare di un’ampia discrezionalità in ordine alla scelta della documentazione che può essere chiesta al fine della comprova della capacità economica e finanziaria dei concorrenti, potendo in tal senso contemplare nel bando l’acquisizione di “uno o più” dei “documenti”, senza dunque che la produzione da parte del concorrente dei bilanci e del fatturato globale degli anni di riferimento possa surrogare la richiesta delle referenze bancarie contemplata dalla lex specialis.

Men che meno, poi, la produzione di tali referenze può essere surrogata dal ben diverso istituto della cauzione provvisoria di cui all’art. 75 del d.lgs. 163 del 2006, il quale contempla e disciplina la prestazione di una garanzia chiesta, per ragioni contingenti, al concorrente, ma non concorre ad individuare gli elementi – per così dire – “storici” della sua capacità economico-finanziaria.

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2728

Pres. FF Vito Poli, Est. Fulvio Rocco

Commissione di gara – Potere di soccorso istruttorio di cui all’art. 46, comma 1-bis del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 – Non è esercitabile con riferimento alla possibilità di presentazione di una nuova polizza fideiussoria o altra forma di cauzione provvisoria equivalente

L’esercizio del potere di soccorso è concesso ai soli fini di integrazione della documentazione e per offrire chiarimenti sui requisiti di partecipazione e non anche per modificare o aggiungere elementi dell’offerta originariamente mancanti ed è connotato da assoluta vincolatività, non potendo conseguire a valutazione di opportunità compiuta dalla commissione di concedere a tutte le concorrenti una sostanziale remissione in termini per la produzione di una valida garanzia fideiussoria. ebbene, ciò sarebbe stato possibile solo intervenendo a monte sugli atti di gara, sede in cui un potere di identica natura è rintracciabile, non certamente nella fase di applicazione, connotata da assoluta vincolatività.

T.a.r. Campania-Napoli, sez. I, 05 giugno 2014, n. 03113

Pres. Cesare Mastrocola, Est. Paolo Corciulo

Offerta tecnica – Cause di esclusione dalla gara – Art. 46 comma 1-bis – È illegittimo il provvedimento di esclusione per mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica, ove comunque sia dato accertare la chiara volontà del concorrente di appropriarsi della paternità della stessa

In caso di una violazione della prescrizione della lex specialis che impone, a pena di esclusione, la sottoscrizione con firma per esteso e leggibile, almeno della prima e dell'ultima pagina dell'offerta tecnica, va rilevato che un'interpretazione formalistica della normativa di gara, che imponesse l'esclusione nonostante la pacifica riconducibilità dell'offerta alla sfera volitiva del concorrente, esporrebbe la lex specialis alle censure per i vizi di eccesso di potere e di contrasto con l'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici.

Alla luce di un'interpretazione coerente con i canoni di tassatività delle cause di esclusione (art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici), di ragionevolezza e del favor participationis, deve ritenersi, al fine del rispetto della ratio della normativa di gara, l'accertamento della chiara volontà del concorrente di appropriarsi della paternità dell'offerta; detta volontà è evincibile in termini certi dall'apposizione su tutte le pagine dell'offerta tecnica delle sigle dei rappresentanti legali delle imprese raggruppate, identificati con i timbri e con i documenti di identità allegati, e dall'inserimento dell'offerta in plichi sigillati e controfirmati inclusi in contenitori parimenti sigillati e controfirmati.

Cons. Stato, sez. V, 07 maggio 2014, n. 2343

Pres. Mario Luigi Torsello, Est. Francesco Caringella

Offerta tecnica – Costo della sicurezza – L'obbligo di indicazione è imposto ex lege per le procedure relative agli appalti di servizi e forniture, mentre in materia di lavori pubblici la quantificazione è rimessa al piano di sicurezza predisposto dalla stazione appaltante

Va confermato l'indirizzo giurisprudenziale (sentenza 9 ottobre 2013, n. 1050) secondo cui l'obbligo di indicazione in sede di offerta del costo relativo alla sicurezza è imposto dal legislatore, ex art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, esclusivamente per le procedure relative agli appalti di servizi e forniture; in materia di lavori pubblici, viceversa, la quantificazione è rimessa al piano di sicurezza e coordinamento ex art. 100, d.lgs. n. 81/2008, predisposto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 131 cod. contratti pubblici, fermo restando l'obbligo di verifica dell'adeguatezza degli oneri per tutti i contratti pubblici in forza dell'art. 86, comma 3-bis, del codice dei contratti pubblici.

Cons. Stato, sez. V, 07 maggio 2014, n. 2343

Pres. Mario Luigi Torsello, Est. Francesco Caringella

Offerta tecnica – Nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può contenere soluzioni migliorative, purché non determini un'alterazione delle prestazioni dell'opera, lesiva sia della par condicio che dell'interesse della stazione appaltante

Merita condivisione il consolidato indirizzo giurisprudenziale che, con riguardo alle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ammette che l'offerta presentata possa contenere soluzione migliorative, a condizione che non siano alterati i caratteri essenziali ovvero lo stesso oggetto dell'appalto, anche per non ledere la par condicio dei concorrenti.

In tal senso si rinvia alla sentenza del Consiglio di Stato sez. IV, 23 gennaio 2012, n. 285, che, relativamente ad un appalto integrato, ex art. 54, comma 1, lett. B), del d.lgs. n. 163 del 2006, ha distinto le varianti progettuali migliorative, consentite (incidenti sulla qualità dell'opera, sotto il profilo strutturale, prestazione e funzionali, quali schede progettuali, modalità esecutive, materiali, impianti), dalle modificazioni vietate in quanto idonee ad alterare l'essenza strutturale e prestazioni dell'opera delineata nel progetto definitivo e come tali lesive, oltre che della par condicio dei concorrenti, anche dello stesso interesse della stazione appaltante al conseguimento delle specifiche funzionalità perseguite, secondo il progetto definitivo posto a base di gara.

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2753

Pres. Luigi Maruotti, Est. Carlo Saltelli

Procedimento di gara – L'eccessiva durata non costituisce ex se un vizio di legittimità del provvedimento finale, in assenza di altri elementi rivelatori di violazioni dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza, correttezza e di rispetto della par condicio

La eccessiva durata di un procedimento di gara non costituisce di per sé un vizio di illegittimità del provvedimento finale dello stesso, salvo che l'eccessiva durata non si accompagni ad altri elementi di fatto indizianti di altre violazioni dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza, correttezza e di rispetto della par condicio.

In tal senso non può essere apprezzabile la circostanza che la durata del procedimento di gara avrebbe favorito le proroghe dell'originario affidamento e la conseguente successiva aggiudicazione in suo favore anche dell'appalto in questione, trattandosi di mere affermazioni di principio, che in ogni caso, lungi dall'incidere direttamente sulla legittimità del provvedimento impugnato, potrebbe eventualmente dar luogo a responsabilità dei soggetti che tali comportamenti avrebbero posto in essere con le asserite finalità sviate.

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2752

Pres. Luigi Maruotti, Est. Carlo Saltelli

Requisiti di moralità – L'esistenza di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza, tanto da essere accostabili alla figura dell'amministratore, comporta l'obbligo, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. 163/2006, della verifica dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale

Conformemente ai criteri contenuti nella giurisprudenza formata in materia, richiamati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 16 ottobre 2013, la differenza tra le figure di amministratore e procuratore speciale, quali definite dalla legge, non sempre corrispondono alle funzioni di fatto e in concreto attribuite nella compagine societaria ai procuratori speciali.

Se è vero infatti, che con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" l'art. 38 lett. c) ha inteso riferirsi alla cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina del codice civile e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari con potere di rappresentanza generale e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale e che questa figura si distingue nettamente da quella del procuratore ad negotia (figura, questa, eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali, il quale deriva il proprio potere dalla volontà degli amministratori, operando di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacendo al controllo di chi ha conferito la procura), è anche vero che nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.

Anche in questo caso, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza.

In tal caso, il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assume in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

Detta conclusione non è in contrasto nemmeno con l'art. 45 della direttiva CE 2004/18, il quale anzi, facendo riferimento a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo"

dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura.

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2715

Pres. FF Vito Poli, Est. Doris Durante

Referenze bancarie – Contenuto ed efficacia probatoria

Nelle gare pubbliche le referenze bancarie chieste dalla stazione appaltante alle imprese partecipanti, con i contenuti fissati dalla lex specialis, hanno una sicura efficacia probatoria dei requisiti economico-finanziari necessari per l'aggiudicazione di contratti pubblici: e ciò in base al fatto notorio che il sistema bancario eroga credito a soggetti affidabili sotto tali profili, per cui è ragionevole che un'Amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio della propria discrezionalità in sede di fissazione della legge di gara, ne richieda la produzione in tale sede (così Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2012 n. 2959).

Le referenze bancarie assolvono pertanto alla funzione di determinare in concreto la capacità economica e finanziaria delle imprese concorrenti.

L'espressione "idonee referenze bancarie", ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2008 n. 3108).

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2728

Vito Poli, Pres. FF, Fulvio Rocco Est.

Referenze bancarie – Ove il bando richieda precisamente l'attestazione non solo della correttezza dell'impresa, ma anche della sua sostenibilità in rapporto al valore dell'appalto, vanno escluse le referenze bancarie del tutto generiche, senza che peraltro possa invocarsi il dovere di soccorso di cui all'art. 46 d.lgs. 163/2006

Ove la lex specialis di gara disponga, in via del tutto inequivoca, che le referenze delle banche attestino "non solo la correttezza dell'impresa ma anche la sua solvibilità e sostenibilità degli impegni in rapporto al valore dell'appalto, al momento della presentazione dell'offerta", vanno legittimamente escluse le referenze bancarie recanti attestazioni di affidabilità del tutto generiche (cfr. al riguardo, ad es., Cons. Stato, Stato, Sez. V, 21 novembre 2007 n. 5909 e 3 febbraio 2003, n. 504; Sez. IV, 12 maggio 2011 n. 2860), in quanto prive di concreti riferimenti all'appalto reso oggetto di gara: ne deriva, quindi, che il

difetto di una delle due referenze bancarie previste dal disciplinare di gara impedisce all'impresa di comprovare la capacità economico-finanziaria nei modi voluti dalla stazione appaltante, con la conseguenza che l'impresa medesima, in applicazione delle regole espulsive sancite dalla lex specialis della gara, non può che essere esclusa dal procedimento di scelta del contraente.

Va anche soggiunto che, nelle gare pubbliche, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, in applicazione del cd. "dovere di soccorso" di cui all'art. 46 del D.L.vo 163 del 2006 e che non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali: ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, potendosi al più ammettersi in tale contesto l'integrazione solo quando i vizi sono chiaramente imputabili ad errore materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti, che deve presiedere ogni procedura ad evidenza pubblica (cfr. sul punto le dirimenti, conclusive e vincolanti argomentazioni di Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 2014).

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2728
Pres. FF Vito Poli, Est. Fulvio Rocco

Requisiti di moralità – Dichiarazione ai sensi dell'art. 38 – Omissione – Non può essere sanata attraverso una tardiva produzione

Secondo l'adunanza plenaria n. 9 del 2014 "nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti – non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali; ne deriva che non vale a sanare l'omissione la tardiva produzione della dichiarazione ex art. 38 del codice degli appalti pubblici.

Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2715
Pres. FF Vito Poli, Est. Doris Durante

Diritto tributario

L'ABUSO DEL DIRITTO IN MATERIA TRIBUTARIA: EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE	152
di Antonio Miele	
RECLAMO E MEDIAZIONE NEL PROCESSO TRIBUTARIO: LA NUOVA DISCIPLINA TRA PROBLEMI RISOLTI E NON.....	157
di Alessia Tomo	



L'abuso del diritto in materia tributaria: evoluzione giurisprudenziale

sommario

Premessa. - **1.** Il concetto di abuso del diritto nel settore tributario e gli orientamenti giurisprudenziali. - **2.** La capacità contributiva come principio anti-abuso. - **3.** Il problema della retroattività del principio connesso all'art 53 Cost. - **4.** L'evoluzione giurisprudenziale. - **4.1.** La sentenza della Cassazione n. 4604 del 26 febbraio 2014. - **5.** I recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sull'onere della prova. - **6.** Legge delega. - **7.** Conclusioni.

Premessa

L'abuso del diritto, in ambito tributario, è un istituto di origine giurisprudenziale che non ha mai ricevuto, finora, l'attenzione del legislatore o quanto meno non è stato mai disciplinato in maniera proficua.

La formula "abuso del diritto", in ambito europeo, nasce nella seconda metà dell'ottocento in quei Paesi in cui il processo di crescita ed industrializzazione erano in uno stato avanzato e dove le teorie liberali si andavano affermando (Inghilterra): l'abuso del diritto viene concepito come l'esercizio scorretto di un diritto soggettivo soprattutto nei rapporti economici.

Nell'accezione comune, l'abuso del diritto è stato definito come frode alla legge fiscale, ovvero come abuso dell'autonomia negoziale.

Bisogna distinguere la frode alla legge fiscale, ovvero elusione, dalla frode fiscale.

Questa ultima si manifesta attraverso la sottrazione diretta e l'occultamento del presupposto di un tributo alla tassazione dovuta, si ha un comportamento *contra legem* che potrà essere sanzionato sia sotto il profilo amministrativo che penale: esiste il presupposto del tributo, ma la condotta del contribuente è finalizzata alla sottrazione dello stesso.

Nell'elusione, invece, il contribuente non pone in essere comportamenti illeciti, ma il suo *modus operandi* è finalizzato all'uso distorto delle diverse fattispecie negoziali affinché il presupposto del tributo venga aggirato.

Quindi, a differenza dell'evasione, l'elusione non è una fattispecie illegale ma attraverso di essa le leggi vengono aggirate nel loro aspetto sostanziale.

In mancanza di strumenti antielusivi, non è semplice distinguere l'elusione dal lecito risparmio di im-

posta, pertanto si rende necessario un'analisi approfondita dei comportamenti posti in essere, al fine di poter desumere la vera finalità del contribuente e cioè se l'atto posto in essere risponde a ragioni economiche organizzative o ha come unica finalità il "beneficio fiscale"¹.

1. Il concetto di abuso del diritto nel settore tributario e gli orientamenti giurisprudenziali

Il concetto di abuso del diritto in ambito tributario, nel corso di questi ultimi anni, è stato interessato da interventi legislativi e soprattutto giurisprudenziali.

Dal punto di vista legislativo è bene precisare che il sistema tributario italiano, non contiene, a differenza di altri Paesi, una clausola antielusiva generale, ma singole disposizioni specifiche.

L'art. 37-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, entrato in vigore l'8 novembre 1997, rappresenta il punto di riferimento normativo. La norma considera inopponibili al fisco taluni fatti o attività negoziali che hanno come unico obiettivo l'ottenimento di vantaggi fiscali.

Il primo comma infatti recita: "Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti"².

Ebbene precisare che detta norma trova applicazione unicamente per le imposte sui redditi, e soltanto in presenza dell'operazioni tassativamente indicate nell'articolo stesso, mentre si rivela del tutto inefficace in tutte le altre ipotesi di elusione di leggi tributarie.

Dal punto di vista giurisprudenziale, con l'introduzione dell'articolo 37-*bis*, la Corte di Cassazione ha assunto orientamenti contrastanti. Infatti, in primo momento, la Suprema Corte³, partendo dall'assunto che prima dell'introduzione del nuovo testo dell'art. 37-*bis*, non esisteva una clausola generale antielusiva e non si poteva applicare retroattivamente la citata

¹ TABELLINI P., *Elusione della norma tributaria*, Milano, 2007.

² BUCCICO C., *L'abuso del diritto nel sistema tributario: evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Gazz. Forense*, n. 2/2013, ed. Il Denaro, p. 115-130.

³ Cfr. Cass., 03.04.2000, n. 3979; Cass., 03.09.2001 n. 11371; Cass., 07.03.2002, n. 3345.

norma, aveva ritenuto legittime le operazioni menzionate alla luce del fatto che potevano essere qualificati elusivi solo quegli atti che erano definiti tali da una norma vigente al momento in cui erano stati posti in essere.

Successivamente, i Giudici di legittimità, hanno ribaltato il precedente orientamento.

Infatti la Suprema Corte⁴ ha ritenuto non necessaria la presenza di una norma *ad hoc* per qualificare un comportamento come elusivo in quanto gli atti i fatti o i negozi, anche collegati tra loro, privi di uno scopo economico e che portino alle parti esclusivamente un vantaggio fiscale, sono nulli in quanto difettano di causa⁵.

Pertanto la Corte di cassazione individua in un istituto civilistico la *ratio* e la fonte per combattere l'abuso di diritto.

Infatti il Giudice di legittimità ha affermato che: "...il Collegio ritiene cioè pertinente anche il richiamo all'articolo 1344 del codice civile poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 della Costituzione) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte 3 settembre 2001, n. 11351"⁶.

Il giudice di merito può quindi pronunciarsi riguardo alla nullità di atti, fatti e negozi collegati, poiché si è in presenza di un negozio in frode alla legge, *ex art. 1344 c.c.*

Tale interpretazione è stata confermata successivamente dalla giurisprudenza di legittimità⁷ che ha individuato i requisiti oggettivi che caratterizzano il comportamento abusivo ai fini fiscali nella:

- inesistenza di valide ragioni economiche alla base del sistema negoziale posto in essere;
- ottenimento di un indebito vantaggio fiscale.

Tali requisiti determinano la devianza della causa, circostanza questa che permette al giudice tributario di rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del processo, la nullità dei negozi giuridici utilizzati dal contribuente per eludere l'imposta.

Il divieto di abuso del diritto, si è evoluto lentamente con successive pronunce della Cassazione grazie anche alla spinta dalla Corte di giustizia europea nel campo dell'imposta sul valore aggiunto.

La Corte sancisce in primo luogo il principio generale che non ci si può avvalere fraudolentemente del diritto comunitario e successivamente estende questo principio al settore iva affermando che "si ha abuso del diritto ogni qual volta le operazioni pur realmente volute hanno ... essenzialmente lo scopo di ottenere

un vantaggio fiscale ... risultante da un insieme di elementi obiettivi"⁸.

Sulla base di tale pronuncia, la Suprema Corte muta nuovamente la propria posizione e individua la fonte dell'abuso di diritto, non più in istituti civilistici, quale la mancanza di causa, ma in un principio di matrice comunitaria che come tale è immediatamente applicabile all'ordinamento nazionale.

L'estensione di un principio relativo all'abuso del diritto dall'ambito comunitario a quello interno è stato molto criticato dalla dottrina soprattutto perché il principio dell'abuso del diritto comunitario si applica nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto (che è tributo oggetto di armonizzazione comunitaria) e non è estendibile alle imposte sui redditi che hanno matrice interna.

Le perplessità mosse dalla dottrina, hanno trovato conforto nella Suprema Corte⁹ che ha affermato che la clausola antielusiva di matrice comunitaria si applica solo all'iva ed ai tributi armonizzati.

In realtà tale nuovo atteggiamento della Corte di cassazione trova la sua ragion d'essere in una precedente sentenza della Corte di giustizia¹⁰, con la quale si ribadiva l'applicabilità dell'abuso del diritto ai soli tributi armonizzati.

2. La capacità contributiva come principio anti abuso

La Corte quindi muta nuovamente atteggiamento, indirizzando la sua ricerca a principi antiabuso all'interno del sistema normativo nazionale e lo rinviene in quello di capacità contributiva.

Le Sezioni Unite¹¹, aderiscono all'indirizzo fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va individuata non nella giurisprudenza comunitaria, quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano¹².

Ed in effetti, "i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53, comma 2, Cost.) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme finalizzate alla più piena attuazione di quei principi. Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta deriva-

⁸ C.G.U.E., sent. 21.02.2006, causa C-255/02; DEOTTO D., *Più difese dall'abuso del diritto*, in "Il Sole 24 Ore", Norme e tributi, del 16 dicembre 2009.

⁹ Cfr. Cass., 19 maggio 2010, n. 12249.

¹⁰ C.G.U.E., sent. 21 febbraio 2008, causa C-425/06.

¹¹ Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057.

¹² LUPI R.-STEVANATO D., *Tecniche interpretative e pretesa immunità di una norma generale antielusiva*, in *Corr. Trib.*, 2009, p. 403.

⁴ Cfr. Cass., 21.10.2005 n. 20398; Cass., 14.11.2005, n. 22932; Cass., 26.10.2005, n. 20816.

⁵ BETTI R.-SBARAGLIA G., *L'abuso dl diritto in materia tributaria: la giurisprudenza italiana*, in *Il fisco*, n. 42/2011, fasc. 1, p. 6841.

⁶ Cfr. Cass. n. 20816/2005.

⁷ Cfr. Cass., 14 novembre 2005, n. 22932.

zione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale¹³.

3. Il problema della retroattività del principio connesso all'art 53 Cost.

La Corte,¹⁴ dunque, partendo dal presupposto che il principio di abuso del diritto è informato ai principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione di cui all'art. 53 della Costituzione, ha affermato che lo stesso non è contrastante con il principio della riserva di legge in materia tributaria, di cui all'art. 23 della Costituzione¹⁵ e conseguenzialmente ha considerato retroattiva l'applicazione del principio stesso¹⁶.

Diretta conseguenza di questa sentenza è la possibilità di applicare detto principio anche in via retroattiva e per tutte le imposte.

Di diverso avviso è la dottrina che ritiene che un'attribuzione retroattiva del principio di divieto di abuso è in violazione dell'art. 23 della Costituzione. Il principio della riserva di legge garantisce che i soggetti passivi conoscano *ex ante* il carico fiscale delle operazioni effettuate ed i controlli che il fisco può attivare.

Il fatto stesso che un principio antielusivo trova la sua fonte nell'art. 53 della Costituzione non può legittimare un'applicazione retroattiva dello stesso in quanto si scontrerebbe con un altro principio generale (previsto dallo Statuto del contribuente) per il quale "le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo". Il principio dell'irretroattività trova la sua fonte nell'art.11 delle preleggi e rappresenta una regola essenziale del sistema, principio peraltro più volte espresso dalla Suprema Corte¹⁷ e dalla stessa Corte costituzionale¹⁸.

Pertanto un principio generale antielusivo formulato nell'anno 2008 non può applicarsi ad ipotesi verificatesi in anni precedenti¹⁹.

4. L'evoluzione giurisprudenziale

A seguito delle critiche apportate dalla dottrina alle conseguenze scaturite dalla sentenza n. 30057 del 23.12.2008, l'orientamento della Suprema Corte sez

tributaria²⁰, appare meno rigido e più equilibrato. Infatti pur ribadendo che il principio antielusivo, in tema di tributi non armonizzati quali le imposte dirette, trova la sua fonte non nella giurisprudenza comunitaria, ma dai principi costituzionali in tema di capacità contributiva e progressività dell'imposta, ha evidenziato che è necessario accertare se una determinata operazione o un determinato negozio è legato a logiche organizzative o a logiche di mercato che prescindono da ragioni fiscali "ma possono essere di natura meramente organizzativa e consistenti in un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa" (sentenza n. 1372/2011).

Inoltre la Suprema Corte (con sentenza n. 3947/2011) ha statuito che l'Amministrazione finanziaria, prima di censurare un'operazione come antielusiva, deve dimostrare che la stessa è antieconomica.

Un'incisiva rivisitazione della nozione dell'abuso di diritto in materia tributaria, si è avuta con la sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011 che aveva ad oggetto un caso di *leveraged buy out*.

La Corte ha affermato che: "l'applicazione del principio deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una linea giusta di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e la libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività di impresa. Tale esigenza è particolarmente sentita nei tempi recenti, nei quali si assiste ad un uso sempre più disinvolto dei cd. *Tax shelters* e quindi ad una ricerca comune a tutte l'esperienze giuridiche, di individuare adeguate forme di contrasto, anche all'infuori di una codificazione della clausola generale anti abuso".

Con questa sentenza la Suprema Corte ha rimodellato la nozione di abuso del diritto evidenziando il delicato compito del giudice di merito nel valutare l'operazione potenzialmente abusiva ai fini fiscali. I giudici hanno evidenziato il fatto che devono essere presi in considerazione, sia nella fase di contestazione sia nella fase contenziosa, i principi costituzionali sulla libertà economica e le scelte di mercato che si inseriscono nella logica dell'attività di impresa. Il contemperamento di interessi, "libertà di impresa e autonomia negoziale da una parte e solidarietà e capacità contributiva dall'altra, attenuano di molto la nozione di abuso del diritto in materia tributaria"²¹.

4.1. La conferma della Cassazione: la sentenza n. 4604 del 26 febbraio 2014

Detti principi sono stati confermati da una recentissima sentenza della Suprema Corte, sez. V civ., 26 febbraio 2014 n. 4604 con la quale i giudici di

¹³ Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055 e n. 30057, cit.

¹⁴ Cass., sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372.

¹⁵ Cass., sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372, cit..

¹⁶ Cass., sez. trib., 16 febbraio 2012, n. 2193; STEVANATO D., *Ancora un'accusa di elusione senza aggiramento dello spirito della legge*, in *Corr. Trib.*, 2011, p. 678.

¹⁷ Cass., sez. trib., 14 aprile 2004, n. 7080; Cass., sez. trib., 9 aprile 2010, n. 8481.

¹⁸ Corte costituzionale, 13 ottobre 2000, n. 419.

¹⁹ BUCCICO C., *L'abuso del diritto nel sistema tributario: evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, op. cit.

²⁰ Cass., sez. trib., 12 novembre 2010, n. 22992, Cass., sez. trib., 21 gennaio 2011 n. 1372 e Cass., sez. trib., febbraio 2011, n. 3947.

²¹ NEGRI G., *Frenata sull'abuso del diritto*, in "Il Sole-24 Ore". Norme e tributi, del 22 gennaio 2011. RIZZARDI R., *Abuso del diritto: svolta della Corte di cassazione*, in "Il Sole -24 Ore", del 25 gennaio 2011.

legittimità hanno chiarito che “il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l’uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un’agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili che giustificano l’operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Ne consegue che il carattere abusivo di un’operazione va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell’operazione medesima, ma possono rispondere ad esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell’azienda”.

La fattispecie sottoposta al giudizio della Corte si basava sul fatto che ad una società italiana veniva contestata la natura elusiva relativamente all’acquisto di una partecipazione azionaria in una società greca, pari al 51%, e successivamente alla svalutazione di tale partecipazione, determinando in tal modo una minusvalenza che aveva come fine ultimo la riduzione della base imponibile.

Per valutare l’elusività o meno delle operazioni, i Giudici hanno posto la loro attenzione sull’*iter* seguito dal contribuente e più precisamente hanno valutato la presenza o meno di valide ragioni economiche alla base dell’operazione poste in essere.

Pertanto, partendo dall’assunto che l’acquisizione della partecipazione non fosse un’operazione isolata, ma rientrasse in un ben più ampio progetto di riorganizzazione strutturale e funzionale del gruppo, i Giudici hanno sentenziato che l’affermazione, in base alla quale sono state considerate elusive le operazioni poste in essere dalla società acquirente, secondo cui “l’invocata finalità economica, giustificata attraverso la ristrutturazione del gruppo, appare meramente marginale se non del tutto assente, si appalesa come insufficiente, in quanto inadeguata a dar conto della esclusione della ricorrenza di valide ragioni economiche alla base dell’operazione”.

Con questa sentenza i Giudici della Suprema Corte, hanno posto un ulteriore freno alla nozione di “abuso del diritto in campo tributario rimarcando la sostanziale differenza tra lecito risparmio di imposta e abuso/elusione fiscale.

5. I recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sull’onere della prova: la sentenza n. 1233 del 22 gennaio 2014

La creazione “giurisprudenziale” di un divieto generale di elusione nell’ordinamento tributario italiano, ha prodotto effetti anche sugli aspetti procedurali.

A tal proposito la Corte di cassazione, con la sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011 ha chiarito i comportamenti da assumere.

In effetti, nella citata sentenza, la Suprema Corte ha evidenziato che l’onere probatorio debba essere ripartito tra contribuente ed Amministrazione finanziaria: questa ultima ha l’onere di descrivere il disegno elusivo e l’irragionevolezza economica delle operazioni poste in essere, mentre è a carico del contribuente dimostrare l’esistenza di valide ragioni economiche che giustificano siffatte operazioni²².

Infine una recente pronuncia della Corte di cassazione, la n. 1233 del 22 gennaio 2014, ha ribadito che grava sull’Amministrazione l’onere di allegare gli elementi probatori decisivi a dimostrare la condotta abusiva.

La questione sottoposta alla Corte riguardava un’operazione di ristrutturazione societaria di gruppo dove veniva contestata l’indebita deduzione della quota di ammortamento annuale relativa all’imputazione del disavanzo da fusione all’avviamento, a seguito di una fusione per incorporazione di dodici società interamente partecipate.

Con la citata sentenza, la Corte attribuisce all’Amministrazione finanziaria l’onere di dimostrare il carattere artificioso dell’operazione censurata non potendosi limitare all’affermazione che lo stesso risultato poteva essere raggiunto in modo diverso.

Spetta dunque all’Agenzia dell’Entrate dimostrare perché la ristrutturazione posta in essere non sia conforme all’operazione economica, posto che l’Amministrazione finanziaria non può imporre uno schema organizzativo diverso, da quelli giuridicamente possibili, solo perché avrebbe generato un diverso carico fiscale.

Di contro il contribuente avrà l’onere di dimostrare le ragioni economiche dell’operazione posta in essere in quanto volte a realizzare miglioramenti nell’efficienza dell’attività o a rendere maggiormente competitiva l’impresa²³.

6. La legge delega sull’abuso di diritto in materia tributaria

In considerazione del fatto che il tema dell’abuso del diritto è un tema particolarmente dibattuto e dai confini incerti, l’articolo 5 dal titolo “Disciplina dell’abuso del diritto ed elusione fiscale”, della legge n. 23 dell’11 marzo 2014, che entrerà in vigore il 27 marzo 2014, ha attribuito una delega al Governo affinché possa disciplinare finalmente la materia.

Il Governo è stato delegato a rivedere le disposizioni antielusive e a disciplinare il principio dell’abuso del diritto, affinché si possa ottenere una maggiore certezza nel nostro sistema tributario.

²² Cass., 21 gennaio 2011. n. 1372.

²³ Cass., 11 dicembre 2013, n. 27679; FERRAJOLI L., *In materia di abuso del diritto l’onere della prova è a carico dell’amministrazione finanziaria*, in www.ecnews.it/2014/03/materia-di-abuso-del-diritto-lonere-della-prova-e-carico-dellamministrazione-finanziaria/, del 18 marzo 2014.

Con la legge delega è stato richiesto al Governo di aderire ai principi contenuti nella raccomandazione della Commissione europea n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012 secondo la quale per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme nazionali specifiche intese a combattere l'elusione fiscale, gli Stati membri dovrebbero adottare una norma generale antiabuso adattata alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all'Unione e alle situazioni che coinvolgono paesi terzi²⁴.

Da ciò scaturisce una prima definizione di abuso del diritto, secondo la quale costituisce abuso del diritto l'uso distorto di strumenti giuridici allo scopo prevalente di ottenere un risparmio di imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione.

Ovviamente i contribuenti saranno liberi di scegliere tra i diversi regimi previsti dal sistema tributario, ma sarà semplicemente loro impedito di effettuare scelte dettate esclusivamente dalla volontà di ottenere indebiti vantaggi fiscali.

Sarà quindi l'Amministrazione Finanziaria a dover dimostrare il disegno abusivo, e rimarrà in capo al contribuente la possibilità di dimostrare le valide ragioni extratributarie che hanno giustificato tale condotta.

Pertanto vi sarà la piena assimilazione tra elusione fiscale ed abuso del diritto con l'eliminazione dell'elencazione vincolante di cui all'articolo 37-bis del d.P.R. n. 600/1973.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto detto si può affermare che l'elusione rappresenta una sorta di "*tertium genus*" fra risparmio lecito di imposta ed evasione.

Bisogna tenere distinti gli atti, i fatti ed i negozi posti in essere al mero fine di ottenere un risparmio fiscale, dalle operazioni di ordinaria gestione rientranti nell'ambito di attività che consentono al soggetto economico di raggiungere livelli efficienti di tassazione.

Pertanto organizzare la propria attività ottimizzando le risorse finanziarie e contenendo la base imponibile non costituisce un illecito, ma un diritto di rilevanza costituzionale quale quello della "libertà di iniziativa economica privata" (art. 41 Cost.).

²⁴ Cfr. in particolare punto n. 4 della raccomandazione n. 2012/772.

Alessia Tomo
Dottoressa in Giurisprudenza

Reclamo e mediazione nel processo tributario: la nuova disciplina tra problemi risolti e non

sommario

1. Introduzione. - 2. Gli aspetti risolti: la nuova sanzione dell'improcedibilità. - 3. L'auspicata tutela cautelare. - 4. Profili di incostituzionalità irrisolti: le spese ancora a carico del contribuente. - 5. Perdurante assenza di un organo terzo ed imparziale. - 6. Considerazioni finali: luci ed ombre della mediazione.

1. Introduzione

Per gli atti notificati a decorrere dal 2 aprile 2012 è entrato in vigore il nuovo istituto deflativo del contenzioso tributario: il reclamo-mediazione, disciplinato dall'art. 17-*bis* introdotto nel *corpus* del d.lgs. 546/1992 che disciplina il processo tributario.

Con l'introduzione di questa fase pregiudiziale, il legislatore italiano ha risposto all'esigenza fortemente sentita in ambito europeo di ridurre la durata dei processi mediante lo sviluppo di rimedi alternativi alla risoluzione delle controversie, le c.d. *ADRs* – *Alternative Dispute Resolutions*.

All'indomani di un'ampia modifica operata con la legge di Stabilità per l'anno 2014, può risultare interessante effettuare un'analisi sull'attuale situazione di quest'istituto che da ormai tre anni è al centro di speranze di successo e di introiti per lo Stato – da parte dell'Amministrazione Finanziaria – e di un diffuso apprezzamento, seppure tra ampie e specifiche critiche, sollevate da autorevole dottrina a causa di numerosi aspetti problematici che l'istituto in questione presenta.

Le critiche più preoccupanti attengono i plurimi profili di incostituzionalità che l'art. 17-*bis* sembra presentare; la stessa giurisprudenza di merito è infatti intervenuta al riguardo sollevando questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale che ha iniziato a vagliare la situazione in camera di consiglio lo scorso 26 febbraio.

Probabilmente proprio temendo la scure demolitoria della Consulta, il legislatore con il comma 611 del primo articolo della l. n. 147/2013 – cd. legge di Stabilità 2014 – è intervenuto per “porre rimedio” a quelli individuati tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza come i più gravi profili di incostituzionalità del nuovo istituto. Tuttavia, *mutatis mutandis*, i problemi

di una pronuncia di incostituzionalità non sono certo stati superati, soprattutto considerando che la nuova e forse più garantista disciplina del reclamo-mediazione trova applicazione solo per quegli atti – suscettibili di reclamo – notificati a partire dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della l. n. 147, pertanto dal 3 marzo 2014: il risultato è la necessaria pronuncia della Corte costituzionale, soprattutto vista la mancanza di una disciplina transitoria per tutti quegli atti notificati nel corso dei suddetti “sessanta giorni”.

2. Gli aspetti risolti: la nuova sanzione dell'improcedibilità

Per tutti gli atti suscettibili di reclamo notificati fino al primo marzo 2014, la presentazione dell'istanza era prevista a pena di inammissibilità del ricorso. Infatti, ai sensi dell'originaria formulazione dell'art. 17-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 546/1992, la presentazione del reclamo era condizione di ammissibilità dell'eventuale e futuro ricorso dinanzi alla giustizia tributaria per gli atti da ricomprendere nell'ambito di applicazione del nuovo istituto.

La “gravità” di tale sanzione era stata sicuramente additata, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza di merito, come l'aspetto più controverso della disciplina dell'art. 17-*bis*, e principale motivo di rinvio alla Corte costituzionale in quanto tale previsione si poneva in contrasto con il c.d. diritto d'azione, costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Cost., comportando difatti l'irreversibilità degli effetti della mancata presentazione del reclamo, cioè la definitività dell'atto e l'impossibilità di poterlo contestare in un momento successivo.

Pertanto l'estrema gravosità di tale sanzione è stata considerata lesiva del diritto di difesa del contribuente dalla giurisprudenza di merito, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale in tema di “giurisdizione condizionata”.

Secondo la giurisprudenza della Corte¹ sono difatti da ritenersi incostituzionali, in quanto appunto lesive dell'art. 24 Cost., le norme che comportino “una compressione penetrante del diritto di azione, ostacolando o rendendone difficoltoso l'esercizio, in par-

¹ Cfr. Corte cost., 11 dicembre 1989, n. 530, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA; Corte cost., 18 gennaio 1991, n. 15, *ivi*.

ticolare comminando la sanzione della decadenza. Ne deriva così la definitiva perdita del diritto”.

Cogliendo tale evidente sproporzione è intervenuto sul punto il legislatore con la nuova legge di Stabilità che, modificando il secondo comma dell'art. 17-*bis*, ha stabilito che la proposizione del reclamo sia (solo) condizione di procedibilità: in caso di omessa presentazione di tale istanza pertanto ci sarà solo una temporanea interruzione del processo, per consentire al contribuente di “porre rimedio”.

In particolare, mentre nella formulazione originaria la norma prevedeva che l'inammissibilità fosse rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, oggi la mancata proposizione dell'istanza di reclamo è condizione di procedibilità rilevabile dal Presidente solo se ed in quanto eccepita dall'Amministrazione finanziaria, al momento della costituzione in giudizio.

Dalla nuova formulazione, sicuramente più garantista della precedente, sorgono però dei dubbi interpretativi ed applicativi sui quali l'Amministrazione non ha ancora fatto chiarezza; in particolare autorevole dottrina² si interroga se, in conseguenza del rilievo dell'Agenzia delle Entrate sulla mancata presentazione dell'istanza, la pronuncia sul punto del Presidente abbia valore meramente dichiarativo o se questi abbia possibilità di sindacare tale eccezione. Le conseguenze sarebbero differenti perché nel primo caso essenziale è il rilievo dell'Agenzia; nel secondo caso sicuramente la dichiarazione dell'improcedibilità verrebbe pronunciata solo in un momento temporale successivo, all'esito di una valutazione vincolante dell'organo giurisdizionale.

3. L'auspicata tutela cautelare

Altro importante intervento della legge di Stabilità 2014 è stata l'introduzione del nuovo comma 9-*bis*, in virtù del quale i termini per la riscossione e il pagamento delle somme dovute in base all'atto oggetto di reclamo sono sospesi fino alla data dalla quale decorre il termine di cui all'art. 22, d.lgs. n. 546/92. Con questa nuova previsione si è andato a colmare quello che la dottrina aveva definito essere un “vistoso silenzio”³ dell'art. 17-*bis*.

Difatti, nella sua originaria formulazione, la norma in questione nulla prevedeva riguardo la possibilità per il contribuente di presentare un'istanza cautelare, con le relative conseguenze in termini di violazione del diritto di difesa: anche questo punto è stato pertanto censurato dalla giurisprudenza di merito nelle varie ordinanze emanate dalle commissioni tributarie di rinvio per incostituzionalità dell'art. 17-*bis*, pertanto attualmente al vaglio della Consulta. Si tratta di una sospensione che opera *ex lege* e non della tutela cau-

telare *ex art.* 47 d.lgs. n. 546/1992, che potrà operare comunque nella successiva ed eventuale sede giurisdizionale, mentre in questo caso la sospensione si colloca ancora in una fase amministrativa.

Sicuramente anche tale intervento legislativo è da considerare apprezzabile, per non dire necessario. Tuttavia anche su questo punto non mancano dubbi interpretativi ed applicativi della nuova disciplina⁴: in particolare ci si chiede cosa abbia inteso statuire il legislatore nel prevedere che “la sospensione non si applica nel caso di improcedibilità di cui al comma 2”. Logica vorrebbe che la sospensione legale operi comunque, ma che questa venga meno dal momento della dichiarazione di improcedibilità del Presidente, quindi a seguito dell'eccezione in tal senso sollevata dell'Agenzia⁵.

Sul punto è intervenuta la recente circolare n. 1/E dell'Agenzia delle Entrate del 12 febbraio 2014 che, con una tesi che allo stato appare quantomeno discutibile, ha precisato che “in caso di deposito del ricorso prima del decorso dei 90 giorni dalla presentazione dell'istanza – pertanto improcedibile –, la sospensione non opera, senza necessità di attendere la dichiarazione giudiziale di improcedibilità del ricorso”: laddove si dovesse propendere per tale interpretazione, si potrebbe giungere al paradosso che la pronuncia del Presidente di cui al comma 2 diventi una “mera formalità”, perfino vanificandone ogni effetto, poiché si arriverebbe all'assurdo di ottenere una pronuncia, automaticamente, a prescindere dalla pronuncia stessa ed implicitamente sarebbe superflua anche la previsione dell'onere dell'Amministrazione finanziaria di sollevare l'eccezione.

4. Profili di incostituzionalità irrisolti: le spese ancora a carico del contribuente

Rilevanti sono i problemi in tema di spese della procedura, soprattutto per tutto quanto non risultava e tutt'oggi non risulta disciplinato dall'art. 17-*bis*. La norma si limita infatti a prevedere cosa accade nel caso in cui la procedura amministrativa non abbia esito positivo e la controversia prosegua in sede giurisdizionale. Nulla è detto invece, e di qui le critiche, per quanto attiene l'auspicabile ipotesi della risoluzione della questione nella medesima fase amministrativa.

L'ultimo comma dell'art. 17-*bis* del d.lgs. 546/1992 è, quindi, rimasto immutato ed ancora prevede che “la parte soccombente è condannata a rimborsare, in aggiunta alle spese di giudizio, una somma pari al 50 per cento delle spese di giudizio a titolo di rimborso delle spese del procedimento disciplinato dal presente articolo. Nelle medesime controversie, fuori dai casi di soccombenza reciproca, la commissione tributaria, può compensare parzialmente o per intero le spese tra

² Cfr. GLENDI, *Tutela cautelare e “nuova” mediazione tributaria*, in *Corriere tributario*, n. 4/2014, pp. 275 e ss.

³ Cit. GLENDI, *Tutela cautelare e mediazione tributaria*, in *Corriere tributario*, n. 12/2012, p. 845.

⁴ Cfr. CARINCI, *Corretta la disciplina di reclamo e mediazione tributaria: risolti i “vecchi” dubbi, se ne profilano altri*, in *Corriere tributario*, n. 4/2014, pp. 273 ss.

⁵ Cfr. GLENDI, *op. loc. cit.*

le parti solo se ricorrono giusti motivi, esplicitamente indicati nella motivazione, che hanno indotto la parte soccombente a disattendere la proposta di mediazione”.

Quindi, la parte soccombente oltre all'ordinaria condanna al rimborso delle spese processuali, sarà gravata anche dal dover rimborsare una somma pari al 50 per cento delle medesime spese di giudizio, per rinfancare dalle spese sostenute per il procedimento di reclamo-mediazione; probabilmente la *ratio* di tale decisione è da rinvenire nel fatto che si voglia far ricadere sulla parte soccombente nel successivo giudizio, la responsabilità per il fallimento del tentativo di composizione pregiudiziale della lite.

Il comma 10 dell'art. 17-*bis* inoltre prevedeva e ancora prevede una disciplina particolare in tema di compensazione delle spese. Infatti, oltre a richiamare quanto previsto dall'art. 15, stabilendo dunque la compensazione delle spese in caso di soccombenza reciproca, richiama anche implicitamente la disciplina dettata dal c.p.c. all'art. 92, comma 2, nel quale è previsto che, oltre al caso di soccombenza reciproca, il giudice possa disporre la compensazione delle spese anche quando “concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicati nella motivazione”. In realtà il 17-*bis* si pone in deroga al disposto dell'art. 92, comma 2, c.p.c. allorché prevede che la Commissione tributaria possa compensare le spese, fuori dai casi di soccombenza reciproca, solo se ricorrano “giusti motivi”, dizione questa che si contrappone alle “gravi ed eccezionali ragioni” *ex art.* 92, comma 2, c.p.c. e che pone in capo alla comm. trib. la “non agevole valutazione dell'esistenza di validi motivi per i quali non si è perfezionata la proposta di mediazione”⁶.

È importante sottolineare che la disciplina dettata dal comma 10 dell'art. 17-*bis* del d.lgs. 546/1992 opera solo nel caso in cui sia stata effettivamente avanzata una proposta di mediazione, e facilmente intuibile è la *ratio* di questa previsione.

A contrario si evince, quindi, che, nel caso in cui il giudizio faccia seguito ad un'istanza di reclamo che non abbia ricevuto risposta nei 90 giorni, o sia stata rigettata in tutto o in parte, la disciplina applicabile sarà quella ordinaria prevista dall'art. 15 del d.lgs. 546/1992 in materia di spese del processo tributario.

Il comma 10 dell'art. 17-*bis* comunque stabilisce solo la disciplina delle spese del giudizio vero e proprio e quindi solo cosa accede al termine del processo instauratosi a seguito del fallimento del tentativo di composizione della lite in sede amministrativa, prevedendo la ripetibilità delle spese solo dal momento della conclusione della successiva fase giurisdizionale; viceversa nulla è detto riguardo il regime delle spese della fase amministrativa *ex se* nei casi in cui il reclamo

venga accolto o la proposta di mediazione venga accettata così raggiungendo la finalità deflativa ed evitando l'instaurazione del processo. Quindi “non è disposto alcun ristoro in caso di accoglimento del reclamo”⁷.

A ben vedere la problematica in questione si inquadra perfettamente nell'ambito della più ampia discussione sulle dinamiche che portano a stabilire la soccombenza alle spese del giudizio nelle varie situazioni che si possono determinare nelle fasi che precedono la prima udienza innanzi alle commissioni tributarie provinciali.

Chi “condannare” allora alle spese di tale fase amministrativa?

Se in caso di perfezionamento della mediazione è coerente prevedere la compensazione delle spese tra le parti, viceversa non è condivisibile l'idea di ritenere che il contribuente debba sostenere gli oneri del procedimento in caso di accoglimento dell'istanza di reclamo. Tutto ciò soprattutto se si tiene presente l'obbligatorietà della presentazione di tale istanza e che tale fase non sia priva di costi per il contribuente, in quanto saranno comunque dovuti onorari e spese per la difesa tecnica, stante il richiamo esplicito all'art. 12 del d.lgs. 546/1992 che prevede l'obbligo di difesa per le controversie di valore superiore ad euro 2.582,28. Tanto più considerando che la difesa tecnica deve essere svolta in modo sostanzialmente analogo a quella di una diretta instaurazione del giudizio con il ricorso, stante l'equiparazione del contenuto del reclamo a quello del ricorso e, quindi, del lavoro da dedicare alla redazione di tale atto. Infatti, come ha sottolineato la giurisprudenza di merito⁸, l'obbligo predetto di sostenere spese non più rimborsabili, in caso di annullamento dell'atto nel corso della obbligatoria fase amministrativa del reclamo, si rivela in contrasto anche con il diritto di difesa, *ex art.* 24 Cost.

Forse sarebbe stato più corretto prevedere che le spese fossero a carico dell'Agenzia delle Entrate, ma ciò, come nota autorevole dottrina⁹, “avrebbe potuto costituire un ostacolo al sereno dispiegarsi dell'autotutela”, anche perché una tale disciplina non potrebbe essere considerata un incentivo alla composizione della lite in fase amministrativa, data comunque l'obbligatorietà *ex lege* di tale fase.

Si produrrebbe¹⁰ inoltre una ingiustificata disparità di trattamento tra chi abbia ottenuto l'accoglimento dell'istanza di reclamo, e dunque l'annullamento dell'atto in fase amministrativa, e chi invece abbia ottenuto tale annullamento solo nella successiva fase

⁷ Cit. MARINI, *Profili costituzionali del reclamo e della mediazione*, in *Corriere tributario*, n. 12/2012, pp. 853 e ss.

⁸ Comm. Trib. Prov. di Campobasso, ord. 17.04.2013, n. 75/02/13.

⁹ Cfr. PISTOLESI, *Il reclamo e la mediazione nel processo tributario*, in *Rassegna tributaria*, n. 1/2012, pp. 65 e ss.

¹⁰ Cfr. CORASANITI, *Trattazione dell'istanza, accordo e perfezionamento della mediazione*, in *Corriere tributario*, n. 19/2012, pp. 1441 e ss.

⁶ Cit. CANTILLO, *Il reclamo e la mediazione tributaria: prime riflessioni sul nuovo art. 17-bis del d. lgs. 546/1992*, in *Il Fisco*, n. 31/2011, pp. 4997 e ss.

giurisdizionale: infatti, mentre uscito vittorioso dal processo, il soggetto ricorrente potrebbe ottenere il rimborso delle spese sostenute, viceversa chi abbia ottenuto l'annullamento già in sede amministrativa, data l'illegittimità dell'atto, certamente non si vedrà rimborsare le spese sostenute in tale fase, soprattutto quelle necessarie per la difesa tecnica comunque obbligatoria. Questa osservazione potrebbe quindi portare all'assurdo che il contribuente possa coltivare la "speranza" che gli sia rigettata l'istanza di reclamo, in modo tale da poter "passare" alla successiva fase giurisdizionale per poter concretamente auspicare di ottenere non solo l'esito favorevole del giudizio, ma anche il rimborso delle spese sostenute, che, diversamente, con un esito positivo concluso in fase amministrativa, rimarrebbero invece a suo esclusivo carico: ciò vanificherebbe totalmente l'intento deflativo dell'istituto e la sua *ratio* di alleggerire il carico lavorativo delle commissioni tributarie.

Profili di incostituzionalità sono, dunque, stati sollevati in materia di condanna alle spese, proprio con riferimento all'impossibilità di poter instaurare il giudizio al fine di ottenere la condanna alle spese della controparte.

Inoltre, non bisogna mai dimenticare che la controparte in questione è l'Agenzia delle Entrate che invece, pur con tutte le possibili eccezioni, avrà tutto l'interesse di annullare l'atto illegittimo in autotutela per evitare le spese del processo e il rimborso della controparte.

Secondo autorevole dottrina¹¹, l'art. 17-*bis*, in tema di spese, potrebbe presentare gli stessi aspetti problematici che hanno determinato l'incostituzionalità dell'art. 46, comma 3, del d.lgs. n. 546/1992, che prevedeva la compensazione delle spese processuali in caso di cessazione della materia del contendere, in quanto lesiva dei principi di cui all'art. 3 della Cost.¹²

In realtà, proprio in riferimento all'istituto della cessazione della materia del contendere, *ex art.* 46 del d.lgs. n. 546/1992, possono sorgere delle perplessità nel caso in cui si voglia aderire alla tesi di chi vede il processo tributario come un giudizio volto all'accertamento positivo del diritto del contribuente o all'accertamento negativo della pretesa impositiva dell'Amministrazione Finanziaria e non, invece, volto al solo annullamento dell'atto. In tal caso infatti l'annullamento dell'atto non integrerebbe la cessazione della materia del contendere¹³, quindi, l'autotutela in pendenza del processo, non rientrerebbe nella disci-

plina di cui all'art. 46, bensì nella specifica previsione dell'art. 44 che disciplina l'estinzione del processo per rinuncia al ricorso. Infatti, secondo autorevole dottrina¹⁴, "la situazione (dell'annullamento in autotutela) è speculare a quella in cui sia il contribuente a riconoscere le buone ragioni della finanza per il tramite della rinuncia al ricorso in precedenza proposta; rinuncia che lo espone all'obbligo di rifondere le spese di lite alle altre parti, salvo diverso accordo tra di loro, come disposto dall'art. 44, comma 2, del d.lgs. n. 546". Questa interpretazione avrebbe, probabilmente "salvato" l'art. 46 dalla declaratoria di incostituzionalità, poiché il "pomo della discordia" era proprio l'ipotesi di annullamento d'ufficio. Ad ogni buon conto l'art. 44, comma 2, come già da tempo notato¹⁵, nulla dispone in merito alla soccombenza virtuale, che è proprio la posizione che assume l'Amministrazione finanziaria che annulla l'atto in autotutela in pendenza di processo.

Viceversa, questa tesi non risulta condivisa dall'Agenzia delle Entrate e da ampia parte della dottrina che ritengono che il "nuovo" processo tributario sia volto all'annullamento degli atti. Ciò implicherebbe l'esigenza di far rientrare nella disciplina della cessata materia del contendere, *ex art.* 46, anche l'annullamento dell'atto in autotutela in pendenza del processo. Diventerebbe dunque impossibile non concordare con chi, già prima della declaratoria di incostituzionalità del 2005 dell'art. 46, comma 3, riteneva che "la disciplina del processo tributario risulta(va) sotto questo profilo ingiustamente ed irragionevolmente squilibrata ai danni del contribuente; onde risulta(va) all'evidenza violato il principio di parità delle parti in giudizio costituente uno dei capisaldi del giusto processo alla stregua dell'art. 111 della Cost."¹⁶.

A seguito delle suddette riflessioni, possiamo agevolmente individuare gli aspetti di incostituzionalità che attengono la disciplina delle spese – ancora assente – dell'art. 17-*bis*. Anche nel caso di accoglimento totale del reclamo, infatti, ci si trova di fronte ad un'ipotesi di cessazione della materia del contendere, in quanto qui viene meno l'interesse ad agire in giudizio e l'art. 17-*bis*, alla stregua di quanto era previsto dall'art. 46, comma 3, preclude al contribuente la possibilità di far dichiarare la soccombenza virtuale dell'Amministrazione per ottenerne la condanna alle spese, risultando ingiustamente gravato delle spese anticipate per sostenere tale fase amministrativa obbligatoria.

¹¹ Cfr. MARINI, *op. loc. cit.*

¹² Corte cost., 12 luglio 2005, n. 247, in *Banca dati BIG Suite*, IPSOA, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 46, comma 3 del d.lgs. n. 546/1992 nella parte in cui si riferisce alle ipotesi di cessazione della materia del contendere diverse dai casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge.

¹³ Cfr. CORASANITI, *op. loc. cit.*

¹⁴ Cit. RUSSO, *Il giusto processo tributario*, in *Sistema di garanzie e processo tributario*, a cura di F. Amatucci e F.M. d'Ippolito, Satira editrice, 2005, pp. 191 ss.

¹⁵ Cfr. CONSOLO-GLENDI, in *Comm. breve alle leggi del processo tributario*, Cedam, 2005.

¹⁶ Cit. RUSSO, *op. loc. cit.*

5. Perdurante assenza di un organo terzo ed imparziale

Un'ulteriore violazione dell'art. 111 Cost., rimasta irrisolta anche dopo le modifiche apportate dalla legge di Stabilità del 2014, deriverebbe dalla persistente mancata previsione di un organo effettivamente ed assolutamente terzo ed imparziale al quale demandare la trattazione dell'istanza, o quantomeno la sola eventuale fase di mediazione, affinché si possa parlare con cognizione di causa di "mediazione".

È inutile ricordare a tal proposito che l'art. 17-*bis*, comma 5 parla di "apposite" strutture "autonome"; è evidente che l'intento è stato quello di voler attribuire dei connotati di terzietà ed imparzialità a questo organo deputato alla trattazione dell'istanza che, pur essendo un'articolazione interna alla stessa Agenzia delle Entrate, dovrebbe, però, operare in piena libertà rispetto alle determinazioni assunte dall'Ufficio che ha emesso l'atto reclamato.

Ma è altrettanto evidente che tutto ciò sia presumibilmente irrealizzabile.

Che l'ufficio sia "autonomo" non basta certamente ad evitare una riconduzione di tale organo alla medesima Amministrazione finanziaria e, quindi, a giustificare il riferimento ad una mediazione, poiché qui un soggetto effettivamente terzo ed autonomo, quale un mediatore, non c'è¹⁷.

L'art. 111, comma 2 della Cost. prevede che ogni giusto "processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo ed imparziale" e, se per terzietà ci si riferisce alla estraneità del giudice rispetto alle parti ed agli interessi in causa e per indipendenza relativa alla struttura organizzativa ci si riferisce all'assenza di vincoli di soggezione sia interni che esterni, è ovvio che tale organo non potrà mai essere concretamente né terzo né imparziale¹⁸.

Dunque la giurisprudenza di merito¹⁹ ha evidenziato come l'organo della mediazione dovrebbe essere estraneo alle parti e non possa essere mediatore una delle parti in causa, anche se costituito in ufficio autonomo, secondo quanto disposto dall'art. 17-*bis*, comma 5.

Ad ogni buon conto, viste le attuali competenze ed organizzazione dell'Amministrazione finanziaria e della giustizia tributaria, appare difficile immaginare soluzioni su soggetti alternativi idonei ad incidere sulla valutazione della legittimità di pretese tributarie: questa attività non appare che possa essere svolta da soggetti diversi dall'Amministrazione finanziaria, soprattutto tenendo conto del fatto che, ad esempio, l'accoglimento totale dell'istanza di reclamo comporta l'annullamento dell'atto in autotutela.

Traendo spunto da positive esperienze di altri Paesi europei, soprattutto dalla Francia, sarebbe idealizzabi-

le la scissione delle due fasi di reclamo e mediazione, lasciando la prima all'attenzione della stessa Amministrazione finanziaria, che avrà il potere di annullare totalmente o parzialmente l'atto in autotutela, ed affidare invece la trattazione della proposta di mediazione ad un organo effettivamente autonomo quale potrebbe essere il Garante del contribuente, organo comunque pubblico al quale poter demandare la decisione su diritti indisponibili quali quelli tributari.

Tale aspetto è stato particolarmente sviluppato nell'ordinanza della Commissione tributaria provinciale di Benevento che, richiamando anche il diritto dell'Unione Europea ha sottolineato come non sia ammissibile lo schema attuale, in cui la figura di mediatore è assunta da una delle parti coinvolte nella controversia.

Al riguardo si può ricordare come già in passato la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità di rimedi amministrativi che condizionavano l'accesso alla giurisdizione tributaria, imponendo un ricorso gerarchico, dinanzi quindi ad organi appartenenti alla medesima Amministrazione finanziaria²⁰.

6. Considerazioni finali: luci ed ombre della mediazione

Nel concludere questa disamina degli aspetti risolti e delle problematiche residuali dell'istituto del reclamo-mediazione, si può certamente convenire sulla rilevanza delle modifiche apportate dalla legge di Stabilità 2014 alla disciplina del reclamo-mediazione; altrettanto indubbia appare l'impronta più garantista che ha assunto tale disciplina all'esito delle recenti modifiche.

Non può però sottovalutarsi un'analisi più generale sulla effettiva utilità di questo istituto, soprattutto considerando che è stato inserito in un ambito, quale quello del processo tributario, già "costellato" da numerosi istituti deflativi del contenzioso²¹.

Al riguardo è preoccupante, se non addirittura inquietante, valutare come probabilmente i numerosi problemi affrontati derivino dal fatto che l'art. 17-*bis*, nella sua originaria formulazione, risulti essere stato il frutto di un "frettoloso" lavoro governativo. Sintomatico di questa opinione è sicuramente l'aspetto del mancato coordinamento con gli altri istituti deflativi esistenti. Al riguardo, se *nulla quaestio* per l'eventuale sovrapposizione con l'istituto dell'autotutela, non altrettanto può dirsi della sovrapposizione con l'accertamento con adesione, in quanto qui lo scoordinamento è causa di gravi ripercussioni applicative, censurabili alla luce del diritto al giusto pro-

¹⁷ Cfr. CANTILLO, *op. loc. cit.*

¹⁸ Cfr. RUSSO, *op. loc. cit.*

¹⁹ Cfr. Comm. trib. prov. Perugia, ord. 07.02.2013, n. 18/02/13.

²⁰ Cfr. Corte cost., 23 novembre 1993, n. 406, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA; Corte cost., 27 luglio 1994, n. 360, *ivi*; Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 56, *ivi*.

²¹ Cit. A. SBROIACCA, *La mediazione e il mancato coordinamento con gli altri istituti deflativi*, in *Dialoghi tributari*, n. 3/2012, p. 284.

cesso, costituzionalmente garantito dall'art. 111 della Cost.

Non c'è infatti da stupirsi se parte della dottrina, ancor prima dell'entrata in vigore del 1° aprile 2012, abbia assunto drastiche posizioni auspicando che "l'istituto possa essere non tanto migliorato e messo a punto, quanto cancellato dall'ordinamento (per come esso viene oggi disciplinato dall'art. 17-*bis*) e radicalmente riscritto"²².

A parer di chi scrive, critiche simili invitano ad una riflessione: non sarebbe forse stato più proficuo modificare la norma già prima della sua entrata in vigore, quando la dottrina ne aveva già segnalato le principali criticità? Tutto ciò per ovviare alla necessità, che si è poi presentata come inevitabile, di dover modificare l'art. 17-*bis* dopo un solo anno di vigenza, in particolare considerando che si tratta di profili di incostituzionalità e non solo di problematiche sorte in ambito applicativo. Ed ancora ricordando che la disciplina è attualmente al vaglio della Corte costituzionale che, sicuramente, prenderà una netta posizione al riguardo, soprattutto ricordando che la novella del 2013 nulla ha statuito in merito ad un regime transitorio, anzi esplicitamente prevedendo che la nuova disciplina del reclamo-mediazione trovi applicazione solo per quegli atti reclamabili notificati a partire dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della l. n. 147.

Come evidenziato, molte ombre non sono state dissipate comunque nemmeno dal recente intervento legislativo, che invece avrebbe anche dovuto far luce su una situazione assolutamente oscura e confusionaria – causata dai molteplici istituti che affollano un'area di ricercata semplificazione²³ – che caratterizza l'attuale posizione dei contribuenti che vedono notificarsi atti emessi dall'Agenzia delle Entrate di valore non superiore ai ventimila euro.

A parere di chi scrive, l'istituto del reclamo-mediazione, certamente utile, avrebbe forse meritato una ponderazione maggiore di quella dedicata in sede governativa. L'intervento del 2011 era infatti volto ad adottare "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria"²⁴ e, sicuramente, l'introduzione di un filtro amministrativo al quale è stata subordinata prima l'ammissibilità ed oggi la procedibilità del ricorso in sede giurisdizionale, poteva – ed anzi doveva – essere oggetto di maggiore riflessione ed analisi di quella effettuata in sede di adozione di un decreto legge, quale appunto il d.l. 6.07.2011, n. 98, la cui finalità principale era probabilmente di garantire un gettito per le casse dello Stato. Tale finalità sembrerebbe confermata dalla disposizione contenuta nel medesimo art. 39 del medesimo d.l., che al successivo comma 12 disciplina

il cd. condono fiscale. La norma prevedeva difatti la possibilità, su istanza del soggetto che ha instaurato la controversia, di sanare le liti fiscali di valore non superiore a ventimila euro in cui è parte l'Agenzia delle Entrate, pendenti alla data del 1° maggio 2011, dinanzi alle Commissioni tributarie e a giudici ordinari, in ogni stato e grado di giudizio.

Senza voler compiere valutazioni che riguardino il merito di una tale previsione, è evidente che, accanto al lodevole fine di decongestionare il carico lavorativo delle Commissioni tributarie, c'è senz'altro il fine di assicurare gettiti – seppur ridotti – alle casse dello Stato, in un momento come è quello attuale, sostanzialmente analogo a quello dell'estate del 2011, di una diffusa crisi finanziaria.

²² Cit. STEVANATO, *Reclamo e "mediazione fiscale": lettera ad un bambino mai nato*, in *Dialoghi tributari*, n. 1/2012, p. 99.

²³ Cfr. S. CAPOLUPO, *Mediazione tributaria e accertamento con adesione*, in *Corriere tributario*, n. 8/2012, pp. 584 ss.

²⁴ d.l. n. 98 del 2011, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111.

Diritto internazionale

LA POLITICA IMMIGRATORIA DELL'UNIONE EUROPEA IN RAFFRONTO CON LA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN MATERIA DI ASILO	164
di Ornella Orlando	
RASSEGNA DI DIRITTO COMUNITARIO	172
a cura di Francesco Romanelli	



La politica migratoria dell'Unione europea in raffronto con la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di asilo*

sommario

1. L'evoluzione della disciplina in materia di immigrazione e politica di asilo nel diritto dell'Unione europea dal Consiglio europeo di Londra del 1986 alla direttiva 2004/83/CE cd. "Qualification Directive" del 2004. - 2. La politica migratoria come riformata dal Trattato di Lisbona del 2007. - 3. La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione degli artt. 2 e 3 della CEDU e l'interpretazione da essa fornita sulla "valutazione del rischio di rimpatrio".

1. L'evoluzione della disciplina in materia di immigrazione e politica di asilo nel diritto dell'Unione europea dal Consiglio europeo di Londra del 1986 alla direttiva 2004/83/CE cd. "Qualification Directive" del 2004.

L'immigrazione illegale in Europa ebbe tra le sue prime e principali cause l'abuso della concessione del diritto d'asilo da parte di alcuni Stati Membri nei primi anni di costruzione dell'edificio comunitario¹. Successivamente a partire dalle crisi petrolifere degli anni '70 gli Stati maggiormente esposti al fenomeno migratorio furono costretti ad operare un restringimento delle misure per i richiedenti asilo, a fronte delle peggiorate

condizioni economiche nazionali². Il primo impegno ufficiale dei Capi di Stato e di governo europei fu rappresentato dal Consiglio europeo di Londra del 1986, in occasione del quale "la lotta contro l'abuso del diritto d'asilo" assunse una valenza prioritaria rispetto all'obiettivo dell'"armonizzazione del diritto d'asilo formale e materiale a livello comunitario"³. In tale sede però gli Stati in persona dei loro rappresentanti non tentarono di realizzare una comune politica migratoria bensì misero in atto una stringente reazione ai flussi continui provenienti dall'area *extra*-europea al fine di confermare il regime dei visti nei confronti dei Paesi "a rischio", attuare azioni di respingimento alla frontiera e di espulsione dei richiedenti asilo "non idonei", di sanzionare i vettori che trasportassero migranti privi dei caratteri dei rifugiati, in ultima facie chiudere le frontiere esterne e individuare rigidamente lo Stato Membro che fosse responsabile per l'esame della domanda (Convenzione di Dublino del 1990 e Regolamento del Consiglio n. 343/03).

L'attuazione di queste linee politiche si è tradotta in un'evidente violazione del principio di non respingimento ("*le principe de non refoulement*") sancito da specifiche convenzioni internazionali⁴. A difesa delle loro scelte gli Stati dell'Unione ne addussero sin da subito la legittimità in virtù dell'esercizio della rispettiva sovranità nazionale così come previsto dalla consuetudine internazionale⁵.

* La regolamentazione della politica migratoria in ambito del diritto dell'Unione Europea soprattutto in riferimento al diritto di asilo ha da sempre rappresentato una tematica delicata in ordine ai differenziati interessi degli Stati Membri dell'UE che esercitano al riguardo una competenza concorrente con quella delle Istituzioni europee. Il presente articolo si propone di ripercorrere le tappe salienti nell'evoluzione della materia dalla metà degli Anni '80 agli epigoni del Trattato di Lisbona del 2007 che, in virtù della comunitarizzazione dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (SLSG) e del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea (TUE) ne ha ridisegnato i contorni, imponendo ad essa il rispetto di nuovi espressi vincoli. In particolar modo con la previsione dell'adesione dell'UE alla Convenzione europea sul rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), le pronunce della Corte di Strasburgo sono diventate ancor di più punto di riferimento imprescindibile tanto per il legislatore comunitario quanto per quello nazionale.

¹ Rispetto alla concessione lasca del diritto di asilo, v. G.S. GODWIN-GILL, *Chi è un rifugiato?*, "Politica internazionale", n. 5/1991, pp. 48 e 52.

² "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'immigrazione", DOC. SEC (91) 1855 del 23.10.1991, "Rivista del diritto europeo" n. 1/92, p. 190 ss.

³ "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento sul diritto di asilo" DOC. SEC (91) 1857 del 18.10.1991, "Rivista di diritto europeo" n. 1/92, p. 171 ss.

⁴ Punto di partenza per occuparsi della tematica del diritto d'asilo in Europa è la Convenzione di Ginevra del 1951 che insieme al suo Protocollo del 1967 ha fissato il principio di non respingimento come cardine della protezione dei rifugiati. Tale principio si applica ai rimpatriati sia verso il Paese di origine sia verso qualsiasi altro Paese che potrebbe perseguitare e sottoporre l'individuo a trattamenti disumani e degradanti. Tutti gli Stati Membri dell'UE e tutti quelli parte del Consiglio d'Europa hanno sottoscritto la Convenzione di Ginevra del 1951. Tuttavia la Turchia la applica solo ai rifugiati che provengano dall'Europa, diminuendo notevolmente l'ambito di applicazione nonché il senso di tale disposizione.

⁵ Risulta sintomatico della strenua difesa degli Stati Membri della rispettiva politica migratoria e d'asilo, il ricorso presentato da

Punto cruciale dell'evoluzione della legislazione dell'Unione europea in materia di asilo, visti e immigrazione fu la Conferenza Intergovernativa del 1996-1997 dai cui lavori prese corpo il Trattato di Amsterdam firmato nell'ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio del 1999. Con il Trattato di Amsterdam nacque come processo irrevocabile e incontrovertibile lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia al fine di controbilanciare il peso preponderante di quello che da sempre era stato l'obiettivo centrale della Comunità economica europea, il mercato unico. Dati i forti contrasti operativi degli Stati europei, lo SLSG nacque frazionato in materie rientranti nel I pilastro – il pilastro comunitario – e in politiche afferenti al terzo pilastro – quello della cooperazione intergovernativa. Le materie dell'asilo, dei visti, dell'immigrazione insieme a quella della cooperazione giudiziaria in materia civile furono stralciate dal III pilastro e inserite nel I pilastro: nacque il Titolo IV del Trattato della Comunità europea relativo ad asilo, visti, immigrazione, controlli alle frontiere esterne e cooperazione giudiziaria in materia civile. Inoltre, il Trattato di Amsterdam comunitarizzò anche il sistema di *Schengen* connesso alle politiche dei visti e dell'immigrazione⁶. L'assenza di una visione uniforme in materia di politica dell'immigrazione condusse ad un risultato affievolito: la comunitarizzazione fu solo parziale in quanto caratterizzata da elementi di specificità attinenti sia al processo decisionale sia al controllo giurisdizionale. Più dettagliatamente: a) il metodo decisionale manteneva la veste intergovernativa per un periodo transitorio di

cinque Stati Membri davanti alla Corte di Giustizia contro la Decisione della Commissione n. 85/381, che imponeva una previa comunicazione da parte dei Governi sull'adozione dei provvedimenti in materia di flussi di immigrazione provenienti da Stati terzi (cd. *Immigration Consultation Cases*, 1987, ECR 245, *Germany et al. V. Commission*).

⁶ È da intendersi per sistema di *Schengen* il Trattato di *Schengen* del 14 giugno 1985 integrato dalla Convenzione di applicazione del 19 giugno 1990. Il Trattato è inizialmente firmato da Belgio, Francia, Lussemburgo, Germania e Paesi Bassi. Ad esso aderiscono in seguito: Italia (1990), Spagna e Portogallo (1991), Grecia (1992) e Austria (1995). Di pari passo all'adesione di Svezia, Finlandia e Danimarca, il 19 dicembre 1996, è siglato un apposito Accordo di associazione con Islanda e Norvegia, legati agli Stati scandinavi aderenti all'UE dall'accordo di libera circolazione definito Unione Nordica. Prima della comunitarizzazione avvenuta con l'entrata in vigore nel 1999 del Trattato di Amsterdam, il Trattato di Schengen era stato un accordo intergovernativo *sic et simpliciter*. Tale accordo però non era stato del tutto separato dal quadro comunitario nel senso che la Commissione europea partecipava come osservatore alle attività di *Schengen* per garantirne la coerenza con quelle svolte a livello comunitario. Inoltre, l'applicazione del sistema *Schengen* non poteva pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Con il Trattato di *Schengen* vennero introdotte delle misure compensative ovvero i controlli non più esercitati alle frontiere interne dei Paesi parte vennero di fatti spostati a quelle esterne, consentendo l'ingresso alle persone aventi la nazionalità di uno Stato Terzo solo per un periodo massimo di tre mesi e solo se in possesso di – provati – mezzi di sussistenza sufficienti e adeguati.

cinque anni; b) gli Stati Membri mediante l'adozione di una specifica clausola di salvaguardia si riservavano le rispettive competenze sovrane per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna; c) due appositi Protocolli – il primo relativo al Regno Unito e all'Irlanda, il secondo alla Danimarca – ne escludono la partecipazione dall'azione comunitaria nelle materie comunitarizzate, sebbene con distinte previsioni; d) ancor più limitativa fu la competenza pregiudiziale prevista in quella sede per la Corte di Lussemburgo in quanto solo i giudici nazionali di ultima istanza erano legittimati a proporre un rinvio pregiudiziale d'interpretazione del Titolo IV oppure di validità e d'interpretazione degli atti comunitari da esso derivati⁷.

L'istituzione nel 1997 di un'*Area of freedom, Security and Justice*' si pose subito come un obiettivo ambizioso, sebbene ridimensionato all'atto della sua nascita dai timori e dalle logiche statali. Nel lungo periodo la Comunità Europea si impegnava ad assicurare libertà di movimento, rispetto dei diritti fondamentali e del principio di non discriminazione non solo nei confronti dei cittadini europei – pur essendo il concetto di cittadinanza europea ancora embrionale – ma addirittura nei confronti dei cittadini di Stati terzi la cui condizione giuridica non poteva soffrire di un *vulnus* in fatto di tutela.

La direttiva n. 2001/55/CE (attuata in Italia con d.lgs. 7 aprile 2003 n. 85) fu il primo strumento normativo europeo adottato a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, in coerenza con l'iter stabilito (determinazione di *standards* minimi di trattamento per la protezione temporanea degli sfollati)⁸. La direttiva prevede che al titolare della protezione temporanea fosse accordato un permesso di soggiorno per l'intera durata della protezione (ovvero un massimo di tre anni) e la possibilità di accedere al mercato del lavoro anche se non necessariamente in condizioni di parità con i cittadini del Paese ospite e con quelli stranieri ivi legalmente soggiornanti. Ai sensi dell'art. 3, par 3, l'istituzione, la concessione e la revoca della protezione temporanea formavano oggetto di consultazioni sia con l'Alto Commissariato delle Nazioni

⁷ L'art. 68, § 2, Trattato Comunità europea escludeva poi la competenza pregiudiziale della Corte sulle misure e sulle decisioni atte a garantire l'assenza dei controlli alle frontiere interne in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna. L'art. 68, § 2, Trattato Comunità europea prevedeva infine un ricorso pregiudiziale *sui generis* nell'interesse della legge che poteva essere proposto dal Consiglio, dalla Commissione o da uno Stato Membro per ottenere una pronuncia sull'interpretazione del Titolo IV Trattato Comunità europea o degli atti fondati su esso.

⁸ Direttiva del Consiglio sulle "Norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati Membri che ricevono gli sfollati e che subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi".

Unite sui diritti umani (ACNUR) sia con altre organizzazioni internazionali. Assumeva una portata significativa l'art. 19, § 1 della direttiva citata laddove si statuiva la possibilità per gli Stati Membri di non concedere cumulativamente la protezione temporanea e lo status del richiedente asilo, fermo restando però che la protezione temporanea non dovesse compromettere in alcun modo l'istanza per il rifugio. L'Italia su tal punto prevede all'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 85/2003 che fosse possibile presentare domanda d'asilo quando già si fosse ottenuta la protezione temporanea ma che comunque i due status non potevano essere cumulati in alcun modo.

Successivamente la direttiva 2004/83/CE, cd. "Qualification Directive", fu il primo strumento normativo comunitario che cercò di armonizzare la protezione complementare a livello di diritto dell'Unione, giungendo a codificare la protezione sussidiaria⁹. La molteplicità delle tecniche di protezione previste nei vari ordinamenti europei in materia di condizione giuridica di rifugio "complementare", con il diverso corredo di diritti ad esso associato (dalla mera garanzia di *non refoulement* al rilascio di un permesso di soggiorno relativamente stabile e corredato da diritti significativi) imponeva infatti un processo di uniformizzazione per ragioni di certezza di diritto e di non discriminazioni di trattamento nonché per evitare il fenomeno di *asylum shopping* che stava assumendo un aspetto sempre più dilagante. In definitiva la direttiva 2004/83/CE non creò un nuovo e distinto sistema di protezione complementare da applicarsi indistintamente in tutti gli Stati Membri ma, in ossequio alle prerogative sovrane nazionali, si limitò a sistematizzare le *best policies* che erano emerse in materia¹⁰. Altro importante merito della "direttiva Qualifiche" fu senza dubbio quello di aver recepito la Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo ad essa annesso del 1967¹¹.

⁹ Per "protezione complementare" si intenda la pluralità di soluzioni giuridico-normative adottate dagli Stati dell'Unione per rispondere al problema migratorio. Cfr. il testo della direttiva 2004/83/CE.

¹⁰ Nota della Presidenza di gruppo di lavoro sull'Asilo: *Asylum Working Party, Discussion Paper on Subsidiary Protection* 13167/99 ASILE 41 (19.11.1999) 2.

¹¹ In applicazione della Direttiva Qualifiche come modificata nel 2011 (direttiva 2011/95/UE, Gazz. Unione L. n. 337 del 20.12.2011), la C.G.U.E. ha sottolineato che "(d) al terzo, sedicesimo e diciassettesimo 'considerando' della direttiva risulta che la Convenzione di Ginevra costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati e che le disposizioni della direttiva relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato nonché al contenuto del medesimo sono state adottate al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare detta convenzione basandosi su nozioni e criteri comuni". C.G.U.E., sentenza 2 marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, *Salahadin Abdulla e a. c. Bundesrepublik Deutschland*, Racc. p. I-01493, § 52; C.G.U.E., sentenza 17 giugno 2010, causa C-31/09, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hiva-*

2. La politica migratoria come riformata dal Trattato di Lisbona del 2007

Il punto di svolta nella disciplina del diritto dell'Unione in materia di asilo, visti ed immigrazione è senza dubbio da collocare all'atto della conclusione prima (13 dicembre 2007), e dell'entrata in vigore poi (1° gennaio 2009) del Trattato di Lisbona che, sopprimendo la struttura a pilastri, ha unificato definitivamente l'articolazione frammentata dello SLSG, riconducendola al solo metodo dell'integrazione (o cd. metodo comunitario) i cui atti derivati si intendono adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. La realizzazione dello SLSG è stata inoltre espressamente affidata alla competenza concorrente di Unione europea e Stati Membri¹². Il rispetto dei diritti fondamentali è rimasto il parametro di legittimità di ogni politica adottata in ambito SLSG, previsione che ha assunto una valenza maggiore se si considera che alla Carta dei diritti fondamentali è stato riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati¹³.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede il diritto di asilo all'articolo 18 e il divieto di respingimento all'articolo 19¹⁴. L'articolo 78 TFUE

ta, Racc. p. I-05539, § 37; C.G.U.E., sentenza 9 novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland c. B. e D.*, Racc. p. I-10979, § 77.

¹² Le politiche finalizzate alla realizzazione dello SLSG sono disciplinate nel Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e precisamente nel Titolo V che si articola nei seguenti Capi:

- Le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (artt. 77-80 TFUE)
- La cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81 TFUE)
- La cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86 TFUE)
- La cooperazione di polizia (artt. 87-89 TFUE).

In materia di controlli alle frontiere la politica dell'UE è volta a: - garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne; - garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne; - instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne. In materia di diritto d'asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, l'UE sviluppa una politica comune volta a: - offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale; - garantire il rispetto del principio di non respingimento dei richiedenti asilo e degli altri obblighi contenuti nella Convenzione ONU di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiati.

¹³ A tal proposito si prenda in considerazione come fonte sia la Dichiarazione solenne resa il 12 dicembre dalle tre Istituzioni Parlamento, Consiglio e Commissione sia l'art. 6 del Trattato dell'Unione europea (TUE) ("L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati") sia ancora la Dichiarazione n.1 allegata al Trattato di Lisbona.

¹⁴ L'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali così recita: "Il diritto d'asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del

stabilisce la creazione di un sistema europeo comune di asilo, che deve rispettare gli obblighi degli Stati a norma della Convenzione di Ginevra del 1951. Per applicare questa disposizione sono stati adottati diversi strumenti legislativi che tengono conto anche della protezione dal respingimento di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951. Benché l'art. 18 della Carta garantisca il diritto di asilo, il diritto dell'Unione europea non prevede però alcuna modalità per agevolare l'arrivo dei richiedenti asilo. Le persone che desiderano chiedere asilo nell'Unione europea sono principalmente cittadini di Paesi che necessitano di visto per entrare nell'Unione stessa. Poiché queste persone spesso non hanno i requisiti per richiedere un visto ordinario, è possibile che attraversino la frontiera illegalmente. L'*acquis* dell'Unione europea in materia di asilo si applica solo dal momento in cui una persona arriva alla frontiera. L'art. 3, § 1, della direttiva sulle procedure di asilo (2005/85/CE), che definisce l'ambito di applicazione della direttiva stessa, si applica a tutte le domande di asilo presentate nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea, comprese le frontiere o le zone di transito. Con riferimento a tali domande, l'art. 6 definisce i particolari dell'accesso alla procedura di asilo. Nello specifico, l'articolo 6, §§ 2 e 5, impone agli Stati di garantire che, nella pratica, le persone siano in grado di accedere efficacemente alle procedure. Le garanzie contenute nella direttiva si attivano accedendo alle procedure e non si applicano alle persone che non possono raggiungere il territorio, la frontiera o una zona di transito.

L'art. 35 della direttiva sulle procedure di asilo permette il trattamento delle domande dei richiedenti asilo alla frontiera. La direttiva consente agli Stati di mantenere in vigore le procedure di frontiera vigenti prima del dicembre 2005, anche se tali procedure non offrono le garanzie fornite dalla direttiva per le domande presentate dall'interno del territorio degli Stati membri dell'Unione europea.

Tale disposizione è assicurata solo se sono rispettate alcune garanzie di base, come l'accesso all'informazione, la presenza di un interprete o un colloquio personale.

Il Trattato di Lisbona ha posto anche su nuove basi il rapporto tra l'ordinamento giuridico dell'Unione europea e quello previsto dalla CEDU, influenzando pertanto anche la disciplina in materia di politica dell'immigrazione, visti e asilo rientrante nello SLSG. Infatti l'art. 6, §§ 2 e 3 del Trattato dell'Unione europea così recita: "2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le

Trattato che istituisce la Comunità Europea". L'art. 19 invece: "1. Le espulsioni collettive sono vietate. 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o altre pene o trattamenti inumani e degradanti".

competenze dell'Unione definite nei Trattati. 3 I diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Nel quadro della CEDU, non è previsto di per sé il diritto di asilo¹⁵. Tuttavia, respingere una persona alla frontiera o altrove all'interno della giurisdizione di uno Stato, mettendola a rischio di subire torture o trattamenti disumani o degradanti, è vietato dall'art. 3 CEDU. In casi estremi, un allontanamento, un'espulsione o un'espulsione possono sollevare un problema anche ai sensi dell'art. 2 CEDU, che protegge il diritto alla vita. L'ex Commissione europea dei diritti dell'uomo ha esaminato in passato molteplici casi concernenti i cd. "rifugiati lasciati nel limbo", così definiti poiché nessuno Stato Membro si voleva assumere la responsabilità di accordare loro l'ingresso nel proprio territorio al fine di consentire il trattamento delle loro domande¹⁶.

L'accesso al territorio dell'Unione europea e agli Stati membri del Consiglio d'Europa può avvenire per via aerea, terrestre o marittima. Le operazioni di sorveglianza alla frontiera effettuate in mare non solo devono rispettare i diritti umani e il diritto dei rifugiati, ma devono anche essere conformi al diritto internazionale del mare. Le attività in alto mare sono disciplinate dalla Convenzione dell'ONU sul diritto del mare (Convenzione adottata a *Montego Bay* il 10 dicembre 1982) nonché dalla Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) e dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e salvataggio in mare (SAR). Tali strumenti convenzionali prevedono il dovere di prestare assistenza e soccorso alle perso-

¹⁵ Si ricordi che le disposizioni normative incardinate nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 sono ancor più importanti ove si ponga mente della previsione di adesione dell'Unione europea alla CEDU (art. 6, § 2 del Trattato dell'Unione europea e Protocollo n. 8). Grazie a questa clausola di abilitazione è stato pertanto superato il problema dell'assenza di fondamento giuridico ritenuto a ragione dalla Corte di Giustizia (Parere 2/94) ostacolo insormontabile per l'adesione. Quando l'adesione verrà perfezionata, gli Stati Membri saranno evidentemente vincolati nel dare attuazione al diritto dell'Unione europea e alla stessa di Convenzione del 1950, dando ulteriore enfasi alla portata della salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel sistema dell'Unione europea.

¹⁶ Ad esempio l'ex Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *East African Asians* concluse che, a prescindere da qualsiasi considerazione sull'art. 14 della CEDU, la discriminazione fondata sulla razza poteva integrare un trattamento degradante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di Roma. La questione portata all'interesse dell'ex Commissione riguardava la situazione di individui con passaporto britannico ma privi sia di diritto di soggiorno sia di diritto di ingresso nel Regno Unito che erano stati espulsi dai territori britannici in Africa e lasciati nel limbo. Commissione europea dei diritti dell'uomo, sentenza 6 marzo 1978, *East African Asians (cittadini britannici protetti) c. Regno Unito* (dec.) (nn. 4715/70, 4783/71 e 4827/71).

ne in difficoltà in mare. Il capitano di una nave, inoltre, è tenuto a portare le persone soccorse in mare in un “luogo sicuro”. In tale contesto, una delle questioni più controverse è dove sbarcare le persone soccorse o intercettate in mare.

Nell’ambito del diritto dell’Unione europea, l’art. 12 in combinato disposto con l’art. 3 del codice frontiere *Schengen* stabilisce che le attività di gestione delle frontiere devono rispettare il principio di non respingimento. Vista la complessità della questione, l’Unione europea ha adottato orientamenti diretti a fornire assistenza all’agenzia *Frontex* nell’attuazione delle operazioni in mare. Il Parlamento europeo ha chiesto alla C.G.U.E. di pronunciarsi sulla legittimità di tali orientamenti.

Ai sensi della CEDU, la Convenzione si applica a tutti coloro che rientrano “nella giurisdizione” di uno Stato membro del Consiglio d’Europa. In più occasioni, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha dichiarato che le persone possono rientrare nella giurisdizione di uno Stato quando questi esercita su di loro un controllo in alto mare. In un caso del 2012 contro l’Italia, la Grande Camera della Corte EDU si è pronunciata sui diritti dei migranti che cercavano di raggiungere il suolo europeo e sui doveri che incombono in genere sugli Stati in queste circostanze¹⁷.

3. La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo per violazione degli artt. 2 e 3 della CEDU e l’interpretazione da essa fornita sulla “valutazione del rischio di rimpatrio”

La maggior parte delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di diritto d’asilo hanno riguardato la violazione da parte degli Stati imputati dell’art. 2 che sancisce il diritto alla vita e dell’art. 3 della Convenzione di Roma statuente il divieto di tortura. Sulla base dell’interpretazione giuridica formulata, l’art. 3 della Convenzione rappresenta uno dei valori fondamentali di una società democratica per il fatto di proibire in termini assoluti la tortura e i trattamenti o le pene inumani o degradanti, e ciò indipendentemente dalla condotta della vittima, sgradita o pericolosa che sia. Nei casi di espulsione, l’art. 3 prevede che la responsabilità di uno Stato sia chiamata in causa qualora esistano fondati motivi di ritenere che la persona in esame abbia corso un rischio

effettivo di essere sottoposta a tortura o trattamenti o pene inumani o degradanti, una volta rimpatriata nello Stato di destinazione¹⁸. In particolar modo nella sentenza *Saadi c. Italia* del 2008 il ricorrente era un cittadino tunisino, condannato in contumacia in Tunisia a 20 anni di reclusione perché membro di un’organizzazione terroristica. Il ricorrente era stato, altresì, condannato in Italia per associazione a delinquere. Secondo la Corte, il fatto che il ricorrente rappresentasse una possibile grave minaccia per la comunità non riduceva in alcun modo il rischio cui lo stesso avrebbe potuto essere esposto se rimpatriato. Inoltre, informazioni attendibili, messe a disposizione da organizzazioni internazionali e da autorevoli ONG in materia di diritti umani, comprovavano il maltrattamento dei detenuti in Tunisia, in particolare di quelli condannati per reati di terrorismo. Nel caso di specie, nemmeno le assicurazioni diplomatiche fornite escludevano tale rischio. La Corte ha, pertanto, dichiarato che sussistevano motivi fondati di ritenere che vi fosse un rischio effettivo che il ricorrente avrebbe subito un trattamento contrario all’articolo 3 CEDU, se rimpatriato in Tunisia.

Ai sensi della CEDU, l’allontanamento è assolutamente vietato qualora uno Stato esponga una persona a un rischio effettivo di perdere la vita (articolo 2) o a tortura e a pene o trattamenti inumani o degradanti (articolo 3). Non è necessario dimostrare una persecuzione per una delle “ragioni di cui alla Convenzione di Ginevra”. Non sono previste eccezioni al divieto di allontanamento.

La Corte europea dei diritti dell’uomo tende a esaminare i casi ai sensi dell’articolo 2 o dell’articolo 3 CEDU a seconda delle circostanze particolari del caso e del trattamento che la persona rischia di subire se deportata o estradata. La differenza fondamentale tra questi due articoli della CEDU è la seguente: nei casi relativi all’articolo 2 CEDU, la prospettiva di morte in caso di rimpatrio dev’essere quasi certa; nei casi fondati sull’articolo 3 CEDU devono sussistere motivi fondati per ritenere che la persona da allontanare correrebbe un rischio effettivo di essere vittima di tortura o di altre forme di maltrattamento vietate da tale disposizione.

La Corte europea dei diritti dell’uomo si concentra sulle conseguenze prevedibili dell’allontanamento di una persona verso il paese di rimpatrio. Essa esamina le circostanze personali dell’interessato, oltre alle condizioni generali del paese come, per esempio, se vi sia una situazione di violenza generalizzata o un conflitto armato o se si verificano violazioni dei diritti umani.

¹⁷ Corte EDU, sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia* [GC] (n. 27765/09). Nel caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, le autorità italiane, nel procedere a un “respingimento” di un barcone carico di potenziali richiedenti asilo, hanno violato l’articolo 4 del Protocollo n. 4 CEDU. La Corte ha riconosciuto che il divieto di espulsione doveva applicarsi anche alle operazioni eseguite in alto mare. A tal fine, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha esaminato le disposizioni del diritto internazionale e del diritto dell’Unione europea in materia di interventi in mare, nonché i doveri della Guardia costiera e delle navi di bandiera, anche in acque internazionali, nelle quali lo Stato ha ancora giurisdizione ai sensi dell’art. 1 della CEDU.

¹⁸ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi* (n. 1948/04), § 135; Corte EDU, sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito* (n. 14038/88); Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e a. c. Regno Unito* (nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87).

Qualora un individuo sia membro di un gruppo sottoposto a maltrattamenti sistematici, può non essere necessario addurre prove relative ai fattori di rischio personale¹⁹.

Nella maggior parte dei casi, una situazione di violenza generalizzata in un paese non è sufficiente per configurare una violazione dell'art. 3 CEDU. Tuttavia, quando la violenza è di grado o d'intensità sufficiente, non è necessario che la persona interessata dimostri che andrebbe incontro a una situazione peggiore rispetto ad altri membri del gruppo cui appartiene. È possibile che in alcuni casi la persona interessata debba dimostrare una combinazione di entrambi i fattori di rischio personale e di rischio da violenza generalizzata. L'unica questione che la Corte esamina è se vi sia un rischio prevedibile e reale di un trattamento contrario all'art. 3 CEDU²⁰.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi* (n. 1948/04). Esaminando questo caso, la Corte ha stabilito che i membri dei clan di minoranza in Somalia costituiscono "un gruppo sistematicamente preso di mira", a rischio di subire i maltrattamenti vietati dalla CEDU. Il fattore discriminante è stato individuato nella possibilità per il ricorrente di ottenere protezione e giustizia per i fatti commessi in passato contro di lui in quel Paese. La Corte ha dichiarato che egli non sarebbe stato in grado di ottenere né protezione né giustizia, posto che la situazione in Somalia non era migliorata in misura significativa da quando era fuggito dal paese. Il ricorrente e la sua famiglia erano stati presi di mira proprio perché appartenenti a una minoranza e perché erano notoriamente sprovvisti di mezzi di protezione. Pertanto, non si poteva chiedere al richiedente di dare prova dell'esistenza di ulteriori caratteristiche particolari che lo riguardassero personalmente per dimostrare che era, e continuava a essere, personalmente a rischio. La Corte europea ha, di conseguenza, dichiarato che la sua espulsione avrebbe costituito una violazione dell'art. 3 CEDU.

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 17 luglio 2008, *NA. c. Regno Unito* (n. 25904/07), §§ 114-117, 147. Nel caso in esame la Corte ha dichiarato che il livello di violenza diffusa in Sri Lanka non era sufficiente per vietare tutti i rimpatri verso quel paese. Ciononostante, valutando tale situazione insieme ai fattori personali specifici del ricorrente, la Corte aveva riconosciuto che il suo rimpatrio avrebbe comportato una violazione dell'articolo 3 CEDU. Inoltre, per la prima volta, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ammesso la possibilità che una situazione di violenza generalizzata può, di per sé, comportare il divieto di tutti i rimpatri.

Similmente nel caso *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la violenza indiscriminata a Mogadiscio, in Somalia, fosse di grado e d'intensità sufficienti per costituire un rischio effettivo per la vita o la persona di tutti i civili presenti sul posto. Nella valutazione del livello di violenza, la Corte ha tenuto conto dei seguenti criteri non esaustivi: se le parti del conflitto impiegassero metodi e tattiche di guerra tali da aumentare il rischio di colpire la popolazione civile o mirate direttamente ai civili; se l'uso di tali metodi e/o tattiche fosse diffuso tra le parti del conflitto; se i combattimenti fossero localizzati o diffusi; ed infine, il numero di civili uccisi, feriti e profughi a causa dei combattimenti. La situazione di violenza generalizzata a Mogadiscio era sufficientemente intensa da consentire alla Corte europea dei diritti dell'uomo di concludere che ogni persona ritornata sarebbe stata a rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU unicamente in ragione della sua presenza nel

La persona da allontanare può essere esposta al rischio di diverse tipologie di danno tali da ammontare ad un trattamento contrario all'articolo 3 CEDU; tra queste vanno annoverate le cause di rischio che non provengano dallo Stato ricevente stesso, ma piuttosto da attori non statali, le malattie o le condizioni umanitarie di un determinato Paese²¹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo è stata, inoltre, invitata a valutare se la partecipazione di una persona ad attività di opposizione nel Paese ospitante avesse aumentato il rischio che tale persona potesse subire un trattamento contrario all'art. 3 CEDU una volta rientrata²².

I principi applicati in forza del diritto dell'Unione europea e quelli sanciti dalla CEDU hanno molti punti in comune quando si tratta di valutare il rischio di rimpatrio. Questa somiglianza può essere attribuita al fatto che le norme dell'*acquis* dell'Unione europea in materia di asilo discendono in ampia misura dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dagli orientamenti dell'ACNUR. Tali principi stabiliscono che vi deve essere un esame che faccia specifico riferimento alla situazione individuale delle persone coinvolte nonché a tutte le rilevanti disposizioni normative, come da ultimo modificate, i fatti, i documenti e le prove pertinenti. Ciò comprende informazioni sulla situazione nel Paese d'origine. I danni subiti da

paese, salvo che si potesse dimostrare che la persona da ritornare fosse sufficientemente collegata ad attori di rilievo locali, che le permetterebbero di ottenere protezione. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2011, *Sufi e Elmi c. Regno Unito* (nn. 8319/07 e 11449/07), paragrafi 241-250, 293.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 29 aprile 1997, *H.L.R. c. Francia* [GC], (n. 24573/94), paragrafi 43-44. Corte EDU, sentenza 2 maggio 1997, *D. c. Regno Unito* (n. 30240/96). Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito* [GC], (n. 26565/05). Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 29 gennaio 2013, *S.H.H. c. Regno Unito* (n. 60367/10). Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2011, *Sufi e Elmi c. Regno Unito* (nn. 8319/07 e 11449/07) §§ 267-292. Ad esempio il caso *D. c. Regno Unito* concerneva l'espulsione di un malato terminale. La Corte ha esaminato le circostanze del rimpatrio del ricorrente e, specificatamente, l'interruzione delle cure mediche, la durezza delle condizioni nel paese di rimpatrio e un suo probabile decesso appena dopo il rientro. Essa ha concluso che, alla luce delle circostanze estremamente eccezionali del caso, il rimpatrio del ricorrente avrebbe comportato una violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte, tuttavia, ha fissato una soglia molto elevata per questo tipo di casi. In un caso successivo, *N. c. Regno Unito*, la Corte ha dichiarato che l'espulsione di una donna in Uganda non integrava una violazione dell'articolo 3 CEDU, poiché dalle prove a disposizione era emerso che nel paese d'origine della donna era possibile avviare qualche forma di trattamento medico e che, al momento dell'allontanamento, la donna non era una malata terminale. Lo stesso approccio è stato seguito nel caso *S.H.H. v. the United Kingdom* nel quale un ricorrente disabile non era riuscito a fornire la prova delle "circostanze estremamente eccezionali", cui sarebbe stato esposto in Afghanistan e che avrebbero potuto prevenire il suo allontanamento dal Regno Unito.

²² Cfr. per esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 dicembre 2008, *Muminov c. Russia* (n. 42502/06).

una persona in passato possono costituire un importante segnale di rischio per il futuro.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, l'art. 4 della direttiva qualifiche stabilisce norme precise per l'esame dei fatti e delle circostanze nelle domande di protezione internazionale. Per esempio, l'esame deve essere effettuato su base individuale; se in passato una persona ha subito persecuzioni, queste possono essere un indicatore importante del rischio futuro in caso di rimpatrio. Il personale incaricato di esaminare

l'ammissibilità deve tener conto di ogni spiegazione che rappresenti "un sincero sforzo" per circostanziare una domanda. La direttiva qualifiche non fornisce orientamenti precisi sui tempi dell'esame, ma si limita ad affermare, all'art. 4, § 3, che tale esame deve essere effettuato al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda. Non è tuttavia chiaro se il diritto di ricorso di cui alla direttiva sulle procedure di asilo richieda un ulteriore esame al momento dell'udienza di ricorso.

Ai sensi della CEDU, spetta al ricorrente produrre prove tali da dimostrare che vi siano motivi fondati per ritenere che, se allontanata dal territorio di uno Stato membro, tale persona verrebbe esposta a un rischio concreto di subire un trattamento vietato dall'articolo 2 o dall'articolo 3 CEDU. Una volta che tali prove sono state fornite, spetta al governo chiarire ogni dubbio a riguardo. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che i richiedenti asilo si trovano di frequente in una situazione peculiare, cui spesso occorre far fronte con la concessione del beneficio del dubbio nell'esame della credibilità sia delle loro dichiarazioni sia della documentazione di sostegno da loro presentata. Tuttavia, quando le informazioni sono carenti o quando vi sono buoni motivi per mettere in dubbio la veridicità dei documenti prodotti, il richiedente deve fornire spiegazioni soddisfacenti²³.

Ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il rischio non deve essere valutato solo in base a fattori individuali ma anche complessivamente. Ogni valutazione dev'essere personalizzata e prendere in considerazione tutte le prove. Il fatto che una persona sia già stata vittima di persecuzioni può costituire un'indicazione rilevante di rischi futuri.

²³ Nel caso *Singh e a. c. Belgio*, la Corte ha osservato che le autorità belghe avevano respinto i documenti presentati a sostegno di una domanda di asilo di cittadini afgani. Le autorità non avevano ritenuto la documentazione convincente, senza però aver sufficientemente approfondito la questione. In particolare, esse non avevano verificato l'autenticità delle copie dei documenti rilasciati dall'ufficio dell'ACNUR a New Delhi, che riconoscevano lo status di rifugiato ai ricorrenti, anche se tale verifica si sarebbe potuta effettuare facilmente. Le autorità pertanto non avevano effettuato un esame attento e rigoroso della domanda di asilo come richiesto dall'articolo 13 CEDU, violando dunque tale disposizione in combinato disposto con l'articolo 3. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 2 ottobre 2012, *Singh e altri c. Belgio* (n. 33210/11).

Nella valutazione del rischio di rimpatrio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha tenuto conto delle prove sulle condizioni generali nel paese in questione nonché delle prove di un rischio particolare per l'interessato. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha fornito linee guida sulla tipologia di documentazione che può essere ritenuta attendibile al momento dell'esame delle condizioni del paese, come le relazioni dell'ACNUR e delle organizzazioni internazionali per i diritti umani. Detta documentazione è giudicata inattendibile quando le fonti delle informazioni sono sconosciute e le conclusioni contrastanti rispetto ad altri rapporti ritenuti credibili.

Quando una persona non è stata espulsa, la data dell'esame dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce il momento da considerare ai fini della valutazione del rischio. Questo principio è stato applicato indipendentemente dal fatto che il diritto della CEDU in esame fosse di carattere assoluto, come nel caso dell'articolo 3, o non assoluto, come per l'articolo 8. Quando il richiedente è già stato espulso, la Corte europea dei diritti dell'uomo valuterà se la persona ha subito maltrattamenti o se le informazioni sul paese forniscono seri motivi per ritenere che il richiedente subirebbe maltrattamenti²⁴.

Ai sensi del diritto internazionale sui rifugiati, un richiedente asilo che sostenga di temere di essere perseguitato ha diritto al riconoscimento dello status di rifugiato se è in grado di dimostrare, da un lato, che il suo timore di subire persecuzioni è fondato su una ragione riconosciuta dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e, dall'altro lato, che la protezione garantita dallo Stato è insufficiente. Con il concetto di "sufficienza della protezione dello Stato" s'intendono sia la volontà sia la capacità, nello Stato ricevente, da parte dei funzionari statali o di altre entità che controllano parti del territorio nazionale, di fornire attraverso il loro sistema giuridico un livello ragionevole di protezione contro i maltrattamenti temuti dal richiedente asilo.

Secondo il diritto dell'Unione europea, al momento della decisione in merito all'ammissibilità alla protezione di rifugiato o alla protezione sussidiaria, occorre considerare se nel Paese dell'eventuale rimpatrio il richiedente sarebbe protetto dal danno temuto.

²⁴ Nel caso *Sufi e Elmi c. Regno Unito* 124, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso in esame i rapporti di organizzazioni internazionali sulle condizioni e sul livello di violenza in Somalia nonché sulle violazioni dei diritti umani perpetrate da *al-Shabab*, gruppo estremista islamico della Somalia. Essa, tuttavia, non ha potuto utilizzare la relazione conoscitiva della missione governativa a Nairobi (Kenya) sulla Somalia, poiché conteneva fonti imprecise e anonime ed era in contrasto con altre informazioni di pubblico dominio. Basandosi sulle prove a sua disposizione, la Corte ha ritenuto improbabile che le condizioni in Somalia sarebbero presto migliorate. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2011, *Sufi e Elmi c. Regno Unito* (nn. 8319/07 e 11449/07).

L'art. 7 della direttiva qualifiche stabilisce che “[l]a protezione contro persecuzioni o danni gravi può essere offerta esclusivamente[...] dallo Stato oppure [...] dai partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio a condizione che abbiano la volontà e la capacità di offrire protezione [...]” che deve “essere effettiva e non temporanea”. Sono richieste adeguate misure per impedire la commissione di atti persecutori, tra cui la messa in funzione di un sistema giuridico efficace che permetta di individuare, perseguire e punire i colpevoli. Il richiedente deve avere accesso a tali sistemi di protezione²⁵.

Per fornire protezione e assistenza ai rifugiati palestinesi è stata istituita l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nei paesi del Vicino Oriente (UNRWA). L'UNRWA opera in Cisgiordania, comprese Gerusalemme Est e la Striscia di Gaza, nonché in Giordania, Siria e Libano. Le persone che ricevono assistenza dall'UNRWA non hanno diritto di ottenere lo status di rifugiati (art. 12, § 1, lett. a), della direttiva Qualifiche). Ai sensi della CEDU, l'esame di una violazione effettiva o potenziale dell'articolo 3 può comportare una valutazione della protezione che lo Stato o le organizzazioni al suo interno possono fornire alla persona da allontanare. Vi è una somiglianza tra il concetto di sufficiente protezione in casi che riguardano i rifugiati (cfr. sopra) e i casi connessi all'articolo 3 CEDU. Se il trattamento che la persona rischia di subire al suo rientro corrisponde al livello minimo di gravità che chiama in causa l'articolo 3, allora occorre stabilire se lo Stato ricevente sia effettivamente e tecnicamente in grado, nonché se abbia la volontà, di proteggere tale persona dal rischio in questione²⁶. La Corte europea dei diritti dell'uomo

è stata chiamata a valutare se le assicurazioni diplomatiche dello Stato ricevente siano idonee a prevenire il rischio di maltrattamento cui una persona sarebbe altrimenti esposta al suo rimpatrio. Nei casi in cui lo Stato ricevente abbia fornito assicurazioni, tali assicurazioni non sono di per sé sufficienti a garantire una protezione adeguata dal rischio di maltrattamento. Vi è l'obbligo di esaminare se le assicurazioni diplomatiche, nella loro applicazione pratica, garantiscano una protezione sufficiente dal rischio di maltrattamenti. In ciascun caso, il valore da attribuire alle assicurazioni formulate dallo Stato ricevente dipende dalle circostanze prevalenti al momento dell'esame.

La questione preliminare per la Corte europea dei diritti dell'uomo è se la situazione generale dei diritti umani nello Stato ricevente escluda la possibilità di accettare qualsiasi assicurazione. Solo raramente la situazione generale in un Paese consentirà di non dare alcun peso alle assicurazioni. Nella maggior parte dei casi, la Corte prima valuta la qualità delle assicurazioni date e poi, in considerazione delle pratiche dello Stato ricevente, la loro affidabilità. Così facendo la Corte esamina anche i diversi fattori emersi dalla giurisprudenza recente.

²⁵ Nel caso *Salahadin Abdulla e a.*, che concerneva la cessazione dello status di rifugiato, la C.G.U.E. ha dichiarato che, affinché la protezione nel paese del rifugiato sia sufficiente, lo Stato e gli altri soggetti che offrono protezione a norma dell'art. 7, § 1, della “direttiva Qualifiche” devono oggettivamente possedere un livello ragionevole di capacità, nonché la volontà, di prevenire atti di persecuzione. Essi devono adottare adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori e avvalersi, in particolare, di un sistema giuridico efficace, cui la persona interessata abbia accesso una volta cessato lo status di rifugiato, al fine di individuare, perseguire penalmente e punire gli atti di persecuzione. Lo Stato o gli altri soggetti che offrono protezione devono soddisfare determinate condizioni concrete, ad esempio devono avere l'autorità, la struttura organizzativa e i mezzi per mantenere, tra l'altro, un livello minimo di legalità e di ordine nel paese di cui il rifugiato ha la cittadinanza. C.G.U.E., sentenza 2 marzo 2010, causa C-175/08, *Salahadin Abdulla e a. c. Bundesrepublik Deutschland*, Racc. p. I-014932; cfr. anche ERRERA, R. (2011), “Cessation and assessment of new circumstances: a comment on *Abdulla*”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, n. 3, p. 521.

²⁶ Nel caso *Hida c. Danimarca*, il ricorrente, di etnia Rom, era stato destinatario di un provvedimento di rimpatrio forzato in Kosovo durante il conflitto nel 2004. La Corte EDU, preoccupata per gli episodi di violenza e i crimini contro le minoranze, ave-

va riconosciuto la necessità di garantire la protezione internazionale dei membri delle comunità etniche, come i Rom. Tuttavia, la Corte aveva rilevato che l'Amministrazione civile temporanea delle Nazioni Unite in Kosovo (UNMIK) eseguiva un processo di valutazione individuale prima di ogni rimpatrio forzato proposto dal Commissariato nazionale di polizia della Danimarca. Quando l'UNMIK aveva espresso obiezioni in relazione ad alcuni rimpatri, il Commissariato di polizia li aveva sospesi fino a successiva comunicazione. Il Commissariato di polizia non aveva ancora contattato l'UNMIK in merito al ricorrente, posto che il suo rimpatrio forzato non era ancora stato programmato. Considerate le circostanze del caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è ritenuta soddisfatta nel sapere che, se l'UNMIK si fosse opposta al presente rimpatrio forzato, lo stesso sarebbe stato, con ogni probabilità, sospeso fino a ulteriore notifica. La Corte ha rilevato, inoltre, che non erano state prodotte prove sufficienti per ritenere che il ricorrente, di etnia Rom, potesse andare incontro a un rischio effettivo di subire torture o pene o trattamenti inumani o degradanti al suo ritorno in Kosovo. Di conseguenza, la Corte ha dichiarato la causa inammissibile, ritenendola manifestamente infondata. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 febbraio 2004, *Hida c. Danimarca* (n. 38025/02).

Rassegna di diritto comunitario

Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen – Art. 54 – Principio del *ne bis in idem* – Ambito di applicazione – Decisione di non luogo a procedere per insufficienza di elementi a carico pronunciata da un giudice di uno Stato contraente – Possibilità di riapertura dell'istruttoria in caso di sopravvenienza di nuovi elementi a carico – Nozione di persona che sia stata "giudicata con sentenza definitiva" – Procedimento penale in un altro Stato contraente contro la stessa persona e per i medesimi fatti – Estinzione dell'azione penale e applicazione del principio del *ne bis in idem*.

L'articolo 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990, deve essere interpretato nel senso che una decisione di non luogo a procedere che osta, nello Stato contraente in cui tale decisione è stata emessa, a un nuovo procedimento penale per i medesimi fatti contro la stessa persona che ha beneficiato di detta decisione, salvo sopravvenienza di nuovi elementi a carico di quest'ultima, deve essere considerata una decisione che reca una sentenza definitiva, ai sensi di tale articolo, e che preclude pertanto un nuovo procedimento contro la stessa persona per i medesimi fatti in un altro Stato contraente.

C.G.U.E., sez. IV, sentenza 5 giugno 2014, causa C398/12¹.

Un cittadino italiano residente in Belgio fu denunciato dalla nuora di essere autore di violenze sessuali in danno della nipote infante con la complicità del figlio, padre della bambina. Il procedimento penale belga fu definito da una ordinanza di non luogo a procedere per insufficienza di elementi a carico emessa dal Tribunale di prima istanza nel 2008, confermata successivamente dalla Corte d'appello e dalla Corte di cassazione belga nel 2009.

La denuncia presentata all'autorità giudiziale italiana nel 2006, per i medesimi fatti, comportò il rinvio a giudizio del cittadino italiano da parte del G.u.p. del Tribunale di Fermo. Nel dibattimento la difesa dell'imputa-

to, citando la sentenza della Corte di Cassazione belga invocò l'applicazione del principio del *ne bis in idem*. Il pubblico ministero e la parte civile hanno replicato deducendo l'inesistenza di una sentenza di merito avente valore di giudicato affermando, inoltre, che la decisione di non luogo a procedere dell'autorità giudiziaria belga non ostava alla successiva riapertura del procedimento in caso di sopravvenienza di nuovi elementi a carico.

La Corte ha ritenuto che una decisione di non luogo a procedere pronunciata in seguito ad un'istruttoria nel corso della quale sono stati raccolti ed esaminati diversi mezzi di prova è stata oggetto di una valutazione nel merito debba considerarsi una decisione nel merito², in quanto contiene una decisione definitiva sul carattere insufficiente di tali prove ed esclude qualsiasi possibilità che la causa sia riaperta sulla base del medesimo complesso di indizi. Attesa la definitività della pronuncia ne ha dedotto che essa costituisse giudicato per i fatti *de quo* e che, in base al diritto penale belga, il procedimento penale esso potrebbe essere riaperto unicamente in virtù di nuovi elementi a carico, ossia, in particolare, elementi probatori non ancora sottoposti al vaglio della *chambre des mises en accusation* e idonei a modificare la sua decisione di non luogo a procedere.

La Corte ha inoltre richiamato l'art. 4, § 2, del protocollo n. 7 della CEDU per il quale il principio del *ne bis in idem* sancito al paragrafo 1 di tale articolo non impedisce la possibilità di riaprire il processo «se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni» sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

A conclusione del proprio ragionamento, la Corte ha ritenuto che la valutazione circa la novità degli elementi probatori per giustificare un nuovo procedimento basato su tale possibilità di riapertura, contro la stessa persona e per i medesimi fatti, spetti unicamente allo Stato contraente sul cui territorio tale decisione è stata emessa.

Rinvio pregiudiziale – Previdenza sociale – Regolamento (CE) n. 883/2004 – Art. 19, § 1, e art. 20, §§ 1 e 2 – Regolamento (CE) n. 987/2009 – Art. 11 – Cittadino di uno Stato membro assicurato nello Stato di residenza – Sopravvenienza di una malattia grave e improvvisa durante le vacanze in un altro Stato membro – Persona obbligata a rimanere in tale

¹ La sentenza è stata resa nella causa C398/12, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 35 Trattato dell'Unione europea, dal Tribunale di Fermo.

² Sentenza Miraglia, C469/03, EU:C:2005:156, punto 30.

secondo Stato per undici anni a motivo della sua malattia e della disponibilità di cure mediche specialistiche in prossimità del luogo in cui essa abita – Fornitura di prestazioni in natura in tale secondo Stato membro – Nozioni di "residenza" e di "dimora".

Il cittadino dell'Unione, residente in uno Stato membro, che a causa di improvvisa malattia che lo colga durante una vacanza in un secondo Stato membro e che sia obbligato a rimanere in tale secondo Stato membro per la disponibilità di cure mediche specialistiche nelle vicinanze del luogo in cui abita, deve essere considerato dimorante in quest'ultimo Stato membro qualora il centro principale dei suoi interessi si trovi nel primo Stato membro. Incombe al giudice nazionale determinare il centro principale degli interessi del cittadino tenendo conto della volontà di quest'ultimo, mentre la mera circostanza che il cittadino sia rimasto nel secondo Stato membro anche per un periodo prolungato non è sufficiente da sola e di per sé, per considerarlo residente in tale secondo Stato.

C.G.U.E., sez. IV, sentenza 5 giugno 2014, causa C-255/13³

La pronuncia in esame è stata resa a definizione di un procedimento di rinvio pregiudiziale proposto dalla *High Court* della Repubblica d'Irlanda. Nel giudizio principale il ricorrente aveva convenuto in giudizio lo HSE (*Health Service Executive*) per il rinnovo dell'autorizzazione a ricevere le cure necessarie in un altro Stato membro improvvisamente revocatagli dopo una ventina di rinnovi consecutivi.

Il ricorrente nel procedimento principale era un cittadino irlandese di 56 anni che ha lavorato sia in Eire

³ La sentenza ECLI:EU:C:2014:1189 è stata resa nel procedimento C-255/13. Deve evidenziarsi l'introduzione di un nuovo sistema. Nell'ambito di un'iniziativa adottata dal Consiglio, è stato recentemente elaborato un identificatore europeo della giurisprudenza (ECLI o *European Case Law Identifier*). Tale identificatore è volto a creare un riferimento univoco alla giurisprudenza tanto nazionale quanto europea nonché a definire un insieme minimo di metadati uniformi per la giurisprudenza. Il suo scopo, quindi, è facilitare la consultazione e la citazione della giurisprudenza nell'Unione europea. L'ECLI comprende, oltre al prefisso «ECLI», quattro elementi obbligatori:

- il codice corrispondente allo Stato membro cui appartiene l'organo giurisdizionale interessato o all'Unione europea, nel caso degli organi giurisdizionali di quest'ultima;
- l'abbreviazione corrispondente all'organo giurisdizionale che ha emesso la decisione;
- l'anno della decisione;
- un numero sequenziale composto da un massimo di 25 caratteri alfanumerici, presentato in un formato stabilito da ciascuno Stato membro o dall'organo giurisdizionale sovranazionale interessato. Il numero sequenziale non può contenere segni di interpunzione diversi dal punto («.») e dai due punti («:»); quest'ultimo segno separa le parti di un ECLI.

Facendo seguito alla raccomandazione del Consiglio diretta a che la Corte di giustizia dell'Unione europea prenda parte al sistema di identificatore europeo della giurisprudenza, la Corte ha attribuito un ECLI a tutte le decisioni emesse dai giudici dell'Unione dal 1954 nonché alle conclusioni e alle prese di posizione degli avvocati generali.

che nel Regno Unito⁴. Come risulta dalla sentenza in commento, nell'agosto del 2002, mentre era residente in Irlanda, il ricorrente si è recato in vacanza in Germania con la sua compagna, cittadina rumena. Nel corso delle sue vacanze, il ricorrente è stato ricoverato d'urgenza all'*Universitätsklinikum Düsseldorf* (Germania), ove gli è stato diagnosticato che era stato colto da una rara forma di infarto bilaterale al tronco cerebrale. Il ricorrente soffre, da allora, di una grave tetraplegia e della perdita delle funzioni motorie. Poco tempo dopo l'insorgenza di tale patologia, gli è stata diagnosticata una mutazione genetica atta a influenzare in modo pregiudizievole la composizione del sangue. Inoltre, dall'inizio del procedimento principale, è emerso che il ricorrente aveva contratto un tumore, per il quale gli sono state altresì somministrate delle cure. Tenuto conto della gravità del suo stato di salute, il ricorrente beneficia, dall'agosto del 2002, di monitoraggio e cure costanti dispensati dai medici specialisti dell'*Universitätsklinikum Düsseldorf*. Lo stesso si muove unicamente con la sedia a rotelle. Da quando è stato dimesso dall'ospedale nel 2003, vive con la propria compagna, che si occupa di lui e lo accudisce. Entrambi abitano in un appartamento in affitto, adattato all'uso della sedia a rotelle.

Il ricorrente beneficia di un'indennità d'inabilità accordatagli dal Ministero irlandese della Protezione Sociale a seguito di una transazione. Egli beneficia altresì di una modesta pensione professionale erogata dal Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord in ragione della precedente attività lavorativa in detto Stato membro. Non percepisce nessuna indennità né nessuna prestazione in Germania.

Dal canto suo, la compagna del ricorrente, che ha lavorato in Germania, ha accettato di rassegnare le proprie dimissioni nel corso del 2004 per poter accedere a tempo pieno il ricorrente. Essa ha percepito un'indennità di disoccupazione erogata dalla Repubblica federale di Germania. Inoltre, secondo la decisione di rinvio, essa ha chiesto di beneficiare dell'indennità per l'assistenza di una persona invalida che, in Germania, è a carico dell'assicurazione malattia della persona di cui è garantita l'assistenza. Tale domanda è stata respinta in quanto il ricorrente è cittadino irlandese e il sistema di previdenza sociale irlandese non prevede una tale indennità.

Il giudice del rinvio indica che il ricorrente, pur essendo estremamente riconoscente al sistema sanitario tedesco, è stato costretto a vivere in Germania a causa del suo stato di salute e della necessità di cure mediche continue. Al riguardo, detto giudice fa presente i tenui legami che il ricorrente avrebbe instaurato con la Repubblica federale di Germania. Quest'ultimo non sarebbe titolare né di un conto bancario in Germania né di nessuna proprietà in detto Stato membro, mentre possiederebbe un conto in una banca irlandese e manterrebbe contatti regolari con i suoi due figli, nati rispet-

⁴ Il ricorrente è deceduto il 07.04.2014.

tivamente nel 1991 e nel 1994, che vivono in Irlanda. Il ricorrente non parlerebbe tedesco e non avrebbe fatto alcuno sforzo per integrarsi in Germania.

Il giudice irlandese a quo ha precisato che il ricorrente intenderebbe far ritorno in Irlanda, se le condizioni di salute glielo permettessero. Gli spostamenti sono difficoltosi per il ricorrente a causa dei problemi di accesso agli aeroporti per un viaggiatore nelle sue condizioni di inabilità. Non è controverso tra le parti del procedimento principale che per il ricorrente è praticamente impossibile recarsi in Irlanda, quanto meno nel caso in cui fosse costretto a viaggiare con i voli di linea.

I costi dell'assistenza medica erogata al ricorrente in Germania sono stati inizialmente presi a carico sulla base del modulo E 111⁵, relativo alla situazione di un assicurato il cui stato renda necessarie immediate prestazioni durante la dimora nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della sua residenza, e detto modulo gli era stato rilasciato dall'Irlanda. Detto modulo rientra attualmente nell'ambito di applicazione. Nel 2003, lo HSE ha modificato lo status del ricorrente, rilasciandogli, da quel momento, il modulo E 112⁶. Egli ha pertanto ricevuto l'autorizzazione dall'istituzione competente per recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevervi le cure ade-

quate al suo stato di salute. Tale modulo, che allo stato è previsto dall'articolo 20 del regolamento n. 883/2004, da allora è stato rinnovato una ventina di volte.

Nel novembre 2011 lo HSE ha negato al ricorrente la concessione del rinnovo ulteriore del modulo E 112, considerandolo ormai residente nel territorio della Repubblica federale di Germania. Nel dicembre dello stesso anno il ricorrente ha adito la *High Court*, diretto ad ottenere un'ordinanza nei confronti dello HSE che la obbligasse a continuare a rilasciargli il modulo di cui trattasi.

Lo HSE ha dichiarato che, tenuto conto della situazione molto specifica del ricorrente, avrebbe continuato a coprire *ex gratia* le spese sanitarie allo stesso dispensate, sulla base del modulo E 106, relativo ai diritti alle prestazioni in natura dell'assicurazione malattia-maternità nel caso di persone che risiedano in uno Stato diverso da quello competente.

Il giudice del rinvio, dubitando che l'assicurato il quale sia costretto a rimanere in uno Stato membro a causa dello stato di salute eccezionalmente grave possa essere considerato quale dimorante in detto Stato ai sensi degli articoli 19 o 20 del regolamento n. 883/2004, ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia.

La Corte ha rammentato che quando la situazione giuridica di una persona può essere collegata alla normativa di più Stati membri, la nozione di Stato membro nel quale una persona risiede si riferisce allo Stato in cui quest'ultima risiede abitualmente ed in cui si trova altresì il centro principale dei suoi interessi⁷. L'elenco degli elementi di cui tener conto nella determinazione del luogo di residenza di una persona, elenco elaborato dalla giurisprudenza, risulta attualmente codificato dall'articolo 11 del regolamento n. 987/2009⁸. La Corte ha dichiarato quindi che la durata della residenza in uno Stato membro in cui si chiede il versamento di una prestazione non può essere considerata un elemento costitutivo della nozione di «residenza»⁹.

⁷ C.G.C.E. sentenza Hakenberg, 13/73, EU:C:1973:92, punto 32; C.G.C.E., Swaddling, EU:C:1999:96, punto 29, CGUE, Wencel, EU:C:2013:303, punto 49.

⁸ Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 il quale stabilisce che in caso di divergenza tra le istituzioni degli Stati membri, la residenza debba essere individuata tenendo conto dei seguenti elementi: a) durata e continuità della presenza nel territorio degli Stati membri in questione; b) la situazione dell'interessato tra cui: i) la natura e le caratteristiche specifiche di qualsiasi attività esercitata, in particolare il luogo in cui l'attività è esercitata abitualmente, la stabilità dell'attività e la durata di qualsiasi contratto di lavoro; ii) situazione familiare e legami familiari; iii) esercizio di attività non retribuita; iv) per gli studenti, fonte del loro reddito; v) alloggio, in particolare quanto permanente; vi) Stato membro nel quale si considera che la persona abbia il domicilio fiscale. La norma precisa inoltre che quando la valutazione dei diversi criteri basati sui pertinenti fatti di cui al paragrafo 1 non permette alle istituzioni di accordarsi, la volontà della persona, quale risulta da tali fatti e circostanze, in particolare le ragioni che la hanno indotta a trasferirsi, è considerata determinante per stabilire il suo luogo di residenza effettivo.

⁹ C.G.U.E., Swaddling, EU:C:1999:96, punto 30.

⁵ Art. 19 del reg. (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in Gazz. Uff. Unione, L. n. 166, 30.4.2004, p. 1. «*Dimora al di fuori dello Stato membro competente – 1. Fatte salve disposizioni contrarie del paragrafo 2, la persona assicurata e i suoi familiari che dimorano in uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente hanno diritto alle prestazioni in natura che si rendono necessarie sotto il profilo medico nel corso della dimora, tenuto conto della natura delle prestazioni e della durata prevista della dimora. Tali prestazioni sono erogate per conto dell'istituzione competente dall'istituzione del luogo di dimora, ai sensi delle disposizioni della legislazione che essa applica, come se gli interessati fossero assicurati in virtù di tale legislazione*».

⁶ Art. 20 del reg. (CE) n. 883/2004 cit.: «*Viaggio inteso a ricevere prestazioni in natura – Autorizzazione a ricevere cure adeguate al di fuori dello Stato membro di residenza – 1. Fatte salve disposizioni contrarie del presente regolamento, la persona assicurata che si trasferisca in un altro Stato membro per ricevervi prestazioni in natura nel corso della dimora, chiede un'autorizzazione all'istituzione competente. 2. La persona assicurata autorizzata dall'istituzione competente a recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevervi cure adeguate al suo stato di salute, beneficia delle prestazioni in natura erogate, per conto dell'istituzione competente, dall'istituzione del luogo di dimora, secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse assicurata in virtù di tale legislazione. L'autorizzazione è concessa qualora le cure di cui si tratta figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato e se le cure in questione non possono essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia. 3. I paragrafi 1 e 2 si applicano mutatis mutandis ai familiari di una persona assicurata. 4. Se i familiari di una persona assicurata risiedono in uno Stato membro diverso dallo Stato membro in cui risiede la persona assicurata, e tale Stato membro ha optato per il rimborso in base a importi fissi, il costo delle prestazioni in natura di cui al paragrafo 2 è sostenuto dall'istituzione del luogo di residenza dei familiari. In tal caso, ai fini del paragrafo 1, l'istituzione del luogo di residenza dei familiari è considerata l'istituzione competente.*»

Ordinamento giudiziario

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI 176
di Andrea Penta

ORDINAMENTO
GIUDIZIARIO



La responsabilità civile dei magistrati*

sommario

Parte Prima “Aspetti Sostanziali”: Premessa. - **1.** La legge “Vassalli” in tema di responsabilità civile dei magistrati. - **2.** Il danno da ingiusta detenzione. - **3.** Le proposte di legge di riforma. - **4.** L’analisi della l. 13 aprile 1988 n. 117. **Parte Seconda “Aspetti Processuali”:** **5.** La fase preparatoria. - **6.** Presupposti, condizioni e vaglio preliminare di ammissibilità. - **7.** L’azione diretta nei confronti del magistrato. - **8.** L’azione di rivalsa dello Stato. - **9.** La regolamentazione della responsabilità civile dei magistrati negli altri Paesi: cenni. - **10.** Varie.

Parte Prima “Aspetti Sostanziali”

Premessa

È un tema delicatissimo, quello di chi e come debba pubblicamente risarcire i danni prodotti da procedimenti e decisioni della giustizia. Perché investe l’eguaglianza di tutti i cittadini, cioè l’art. 3 della Costituzione. Investe l’uguaglianza di tutti i pubblici dipendenti tra loro, cioè l’art. 28, il quale prevede che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti», e che «in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»¹. Ma

* La presente relazione è frutto dell’incontro di formazione per magistrati del 6 marzo 2014 in Napoli, organizzato dalla Scuola Superiore della magistratura – Formazione decentrata del Distretto della Corte d’appello di Napoli.

¹ In contrasto con un indirizzo minoritario secondo cui l’art. 28 Cost. (il quale afferma, come è noto, che, nell’ipotesi di responsabilità dei funzionari e dei dipendenti, la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici) avrebbe capovolto i termini della responsabilità amministrativa, sancendo la responsabilità diretta dei funzionari e quella indiretta della P.A., l’orientamento prevalente ha chiarito che l’introduzione di una responsabilità diretta (responsabilità che, dato il rapporto organico che lega gli agenti all’Amministrazione, non dovrebbe in astratto sussistere) dei funzionari ha voluto solo sensibilizzare tali soggetti, spingendoli ad agire sempre in conformità della legge, ma nulla ha innovato in materia di responsabilità della P.A. che è, e resta sempre, diretta. Si è, pertanto, correttamente sostenuto che, per effetto dell’art. 28 cit., la responsabilità della P.A. rispetto a quella dei propri funzionari è in relazione di solidarietà e concorrenza alter-

investe anche le particolari prerogative di autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere, fissate agli articoli 101, 104 e 108.

Con riferimento alla responsabilità degli impiegati ex art. 28 Cost., è opportuno puntualizzare che, nel caso in cui venga addebitato ad un funzionario un comportamento tenuto a titolo di colpa grave o di dolo, in virtù del rapporto di immedesimazione organica che lega il dipendente autore del fatto illecito all’ente pubblico, permane la responsabilità solidale di entrambi i soggetti. Invero, tale rapporto si può ritene-

nativa, nel senso che il soggetto (che assume di essere) danneggiato può rivolgersi indifferentemente per il proprio ristoro sia alla P.A. che al funzionario, ma la richiesta del risarcimento all’uno esclude l’analoga richiesta all’altro.

Questo sistema è stato accolto e perfezionato nel T.u. degli impiegati civili dello Stato del 1957 che, tuttavia, ha posto delle limitazioni di responsabilità stabilendo che, per poter agire direttamente contro gli impiegati, occorre che questi ultimi abbiano agito con dolo o colpa grave.

Peraltro, è opportuno ricordare nella presente sede che il problema dei rapporti tra responsabilità della P.A. e responsabilità dei suoi dipendenti è stato di recente ripreso da alcuni studiosi (SANDULLI, ASSINI) i quali hanno sostenuto che l’art. 28 ha posto in materia i seguenti principi:

- a) la responsabilità della P.A. è, rispetto a quella del dipendente, autonoma, obiettiva e diretta, in quanto è derivante da fatto proprio della P.A. per il principio della immedesimazione organica;
- b) la responsabilità del pubblico dipendente è soggettiva e diretta anch’essa, in quanto si pone come strumentale, ai fini esterni e sul piano processuale, per contribuire a configurare l’illecito da porre a carico dell’ente;
- c) la responsabilità della P.A., nei confronti di quella del dipendente, non si pone né come sussidiaria né come solidale, ma solo come corresponsabilità (cioè cumulativa), il cui cumulo opera soprattutto sul piano processuale, determinando un litisconsorzio necessario tra la stessa P.A. ed il dipendente.

Non si manca, peraltro, in giurisprudenza di sottolineare che non incidono sulla natura delle due corrispondenti obbligazioni risarcitorie, solidali a tutti gli effetti, né la possibilità di esistenza della sola responsabilità della pubblica amministrazione per fatto illecito del dipendente, giacché essa si ricollega alle ipotesi, normativamente previste, di esclusione della responsabilità personale di quest’ultimo, con conseguente venir meno dello stesso presupposto della responsabilità solidale (come, ad esempio, avviene per gli insegnanti ed in genere per il personale scolastico, in virtù dell’art. 61 L. n. 312/80); né la deducibilità delle su indicate responsabilità cumulativamente ovvero disgiuntamente, in quanto tale è la disciplina propria di tutte le obbligazioni solidali; né la configurazione di entrambe dette responsabilità come dirette (Cass. civ., sez. III, 16 dicembre 1982 n. 6934).

re interrotto soltanto quando il comportamento dell'agente non sia diretto a conseguire finalità istituzionali proprie dell'ufficio al quale è addetto (si rinvia, per una più approfondita disamina, a pag.11), ma sia determinato da motivi strettamente personali e comunque estranei all'ente (Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 1995, n. 1963). Ciò in quanto l'art. 28 Cost. sancisce, in tema di fatto illecito commesso dal funzionario o dipendente di un ente pubblico, la responsabilità personale del medesimo funzionario o dipendente e, in solido, la responsabilità dell'ente, che ha natura diretta in virtù del rapporto organico, immedesimante l'attività dei funzionari o dipendenti con quella dell'ente, e che viene meno soltanto se la persona fisica abbia agito con dolo, ovvero perseguendo un fine personale ed egoistico, si che la sua attività debba ritenersi estranea alla persona giuridica (Cass. civ., sez. III, 5 gennaio 1979 n. 31; cfr. altresì Cass. civ., sez. III, 17 settembre 1997, n. 9260, secondo cui la riferibilità viene meno quando il dipendente agisca come un semplice privato per un fine egoistico che si riveli assolutamente estraneo all'amministrazione – o addirittura contrario ai fini che essa persegue – ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente, atteso che in tale ipotesi cessa il rapporto organico fra attività del dipendente e la P.A.). Ovviamente, affinché ricorra responsabilità della P.A. per un fatto lesivo posto in essere dal proprio dipendente, deve sussistere, oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l'evento dannoso, anche la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso, la quale presuppone che l'attività posta in essere dal dipendente sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente pubblico, e cioè tenda, pur se con abuso di potere, al conseguimento dei fini istituzionali di questo nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio cui il dipendente è addetto.

L'art. 23 T.u. n. 3 del 1957 sugli impiegati dello Stato è applicabile, in difetto di regolamentazioni specifiche (cfr. peraltro l'art. 58 l. n. 142 del 1990, di rinvio, per gli amministratori e per il personale degli enti locali, alle disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civile dello Stato), anche alle altre categorie di soggetti responsabili, in via analogica o in quanto espressione di un principio generale.

Il legislatore, quando ha voluto prevedere il venir meno del rapporto di immedesimazione organica tra l'amministratore o il funzionario, da una parte, e la P.A., dall'altra, (con la conseguente imputabilità del rapporto obbligatorio contrattuale – e non extracontrattuale, come nel caso di specie – direttamente alla persona fisica dell'amministratore o del funzionario stesso), lo ha fatto espressamente ed inequivocamente. Basti pensare, a tal fine, alla disposizione contenuta nell'art. 23 del d.l. n. 66 del 1989 (conv. con l. n. 144 del 1989), abrogata dall'art. 123 del d.lgs. n. 77 del 1995 e riprodotta in termini sostanzialmente analoghi dall'art. 35 dello stesso d.lgs., la quale prevede che,

nel caso in cui le province, i comuni e le comunità montane acquisiscano beni o servizi in mancanza di determinati presupposti, il rapporto obbligatorio intercorre "ai fini della controprestazione e per ogni effetto di legge tra il privato fornitore e l'amministratore o il funzionario che abbiano consentito la fornitura"².

1. La legge "Vassalli" in tema di responsabilità civile dei magistrati

L'appartenente all'ordine magistratuale, anche nel momento del precipuo esercizio della funzione giudiziaria, non può essere di per sé immune da sindacato giurisdizionale, in virtù di un articolato quadro normativo che, muovendo dalla prospettiva degli artt. 97 e 98 Cost. e, soprattutto, dall'art. 28, in armonia con l'art. 3, esige nel concreto e secondo il prudente apprezzamento del giudice, un bilanciamento fra gli esposti principi ed i valori e le esigenze, parimenti di grado costituzionale (artt. 101, 102, 104 e 108 Cost.), dell'indipendenza ed autonomia del giudice; e, pertanto, la configurazione normativa dell'istituto impone un sindacato, sempre con il dovere di non incidere l'indipendenza nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, sul corretto espletamento dei propri compiti nell'utilizzo delle risorse pubbliche, di talché nessuna commistione può esservi con l'istituto della responsabilità civile dei magistrati e con le disposizioni in tema di nullità processuali a tutela delle parti nella controversia.

La responsabilità civile dei magistrati non va confusa con quella amministrativa del magistrato per il danno erariale derivante dalla soccombenza dello Stato in un giudizio di equa riparazione ex art. 3 l. n. 89 del 2001. Ad esempio, l'azione per risarcimento, ai sensi della l. 13 aprile 1988 n. 117, del danno cagionato dal magistrato, per dolo o colpa grave, dall'adozione di un provvedimento di custodia cautelare è distinta ed autonoma rispetto a quella per equa riparazione per l'ingiusta detenzione prevista dall'art. 314 c.p.p. (essendo quest'ultima fondata soltanto sui dati obiettivi contemplati dalle relative norme, che prescindono dall'accertamento di eventuali profili colposi nella condotta del magistrato).

Per "attività giudiziaria" del magistrato (giudice o p.m.) deve intendersi non soltanto le sue "attività giurisdizionali" (e, quindi, quelle connesse all'esercizio di attribuzioni decisorie), ma qualunque attività svolta dal magistrato nel campo giudiziario, a prescindere dalla natura delle funzioni esercitate (giudicante, requirente, inquirente) o dell'attività concretamente svolta nell'esercizio di tali funzioni (cfr., in tal senso,

² Va segnalato altresì che gli insegnanti di scuole statali non hanno legittimazione passiva rispetto alle azioni per danni cagionati a terzi dagli allievi sottoposti alla loro vigilanza, essendo chiamata a rispondere in via diretta la sola amministrazione, salvo rivalsa verso il dipendente che abbia agito con dolo o colpa grave (cfr. art. 61 legge 11.7.1980, n. 312, sulla disciplina della responsabilità patrimoniale del personale scolastico).

Cass., 26 novembre 1997 n. 11860): ossia, tanto giurisdizionale di cognizione od esecutiva, quanto di volontaria giurisdizione, o, addirittura, amministrativa (quale – ad esempio – quella del giudice delegato alle procedure concorsuali relativa alla direzione ed al controllo dello sviluppo del procedimento, e, talora, anche alla loro gestione attiva). Conseguentemente rientra, ad esempio, nella materia della responsabilità del giudice per i danni cagionati dai suoi comportamenti l'attività strumentale alla conservazione ed alla manutenzione di un bene sequestrato per il procedimento penale. In ordine alla figura del giudice delegato, va peraltro tenuto presente che l'attuale art. 28, comma 1, l. fall. prevede, in luogo del potere di dirigere le operazioni del fallimento, quello di esercitare funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura.

La responsabilità civile dei magistrati è oggi disciplinata dalla legge n. 117/1988, che ha dato alla materia una nuova regolamentazione all'indomani del referendum del novembre 1987, il quale a sua volta ha comportato l'abrogazione della previgente, fortemente limitativa dei casi di responsabilità civile del giudice.

Ai sensi dell'art. 1, la legge n. 117/1988 si applica «a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria» (ad esempio, i giudici popolari, gli esperti della sezione agraria, i componenti laici dei tribunali militari). Tra detti «estranei» non rientra l'appartenente alla polizia giudiziaria, il quale non esercita una funzione giudiziaria nel senso innanzi evidenziato, pur svolgendo un'attività di supporto ad essa (Cass. civ., sez. III, 05.08.2010, n. 18170; la sentenza trova un precedente in Cass. 8 maggio 2008 n. 11229, concernente la responsabilità di un curatore fallimentare, secondo cui la funzione di quest'ultimo nella procedura concorsuale, pur essendo pubblica e resa nell'interesse della giustizia, non è riconducibile a quella tipica del magistrato, giudicante o requirente). In quest'ottica, non si configurerebbe, ad esempio, una responsabilità civile *ex lege* n. 117/88 per il poliziotto che commettesse un errore di identificazione, coinvolgendo in un procedimento penale per il reato di furto un cittadino innocente.

L'art. 2 di tale legge così recita: «1. Chi ha subito un danno ingiusto (inteso come quello che produce la lesione di un interesse giuridicamente rilevante, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo; cfr. Cass., sez. III, ord. 10 agosto 2002, n. 12144; Cass., sez. III, sent. 19 luglio 2002, n. 10549) per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche

di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale. 2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove. 3. Costituiscono colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

2. Il danno da ingiusta detenzione

Prima di analizzare il testo normativo, appare opportuno soffermare l'attenzione sull'ultimo profilo, vale a dire sul danno da ingiusta detenzione. La riparazione dell'errore giudiziario costituisce il corrispettivo di un pregiudizio che deriva da una condotta conforme all'ordinamento ma produttiva di un danno, per la cui valutazione e liquidazione il giudice può far ricorso (tanto per i danni patrimoniali che per quelli non patrimoniali) sia ad un criterio risarcitorio integrato da quello equitativo per le sole voci di danno certe nell'*an* ma non esattamente quantificabili, sia ad un criterio esclusivamente equitativo (Cass. pen., sez. IV, 25.11.2003). Nel caso di ingiusta detenzione, è dovuto alla vittima dalla pubblica amministrazione – profili di danno patrimoniale, biologico, morale a parte – anche il risarcimento del danno esistenziale. Il danno esistenziale subito dal soggetto per l'arresto e la carcerazione ingiustificata finisce per assorbire il danno morale, perché nella sua valutazione e quantificazione non si può non tener conto del carico di sofferenza connesso al modificato regime di vita e la privazione della libertà personale (App. Genova, 07.02.2003). In particolare, è risarcibile il danno esistenziale subito dal soggetto che, per l'ingiusta carcerazione dovuta ad errore giudiziario, non abbia potuto esercitare i diritti fondamentali della persona umana, la cui privazione, trattandosi di posizioni soggettive costituzionalmente protette, fa sorgere *ipso iure* il diritto al risarcimento. Il danno biologico da errore giudiziario è liquidabile secondo criteri equitativi, che tengano conto delle conseguenze sulla salute provocate dalla ingiusta carcerazione e delle conseguenze personali e familiari scaturite dalla privazione della libertà personale, senza attenersi rigidamente a parametri rigidi, aritmetici come quelli tabellari. È chiaro che, mentre l'ingiusta privazione della libertà personale sofferta per un solo giorno da un incensurato può provocare un gravissimo danno morale, ma, generalmente, non produce alcun danno biologico o esistenziale, al contrario, una lunga carcerazione preventiva per un soggetto poi assolto, da

sempre inserito in un'organizzazione criminale e con plurime esperienze carcerarie, è idonea a provocare un grave danno biologico o esistenziale, laddove quello morale può mancare del tutto. Si pensi, quanto a quest'ultimo pregiudizio, all'interruzione delle attività lavorative, di quelle ricreative, dei progetti in corso, dei contatti sociali coltivati, dei rapporti affettivi cui si teneva, alla perdita della stima in sé stessi e di quella goduta nell'ambiente di lavoro e di vita, della capacità di affermarsi nella società. Nella liquidazione della somma per la riparazione dell'errore giudiziario, deve tenersi conto di tutte le peculiari sfaccettature di cui il danno non patrimoniale si compone nella sua globalità, avendo in particolare riguardo all'interruzione della attività lavorative e ricreative, dei rapporti affettivi e degli altri rapporti interpersonali, ed al mutamento radicale, peggiorativo e non voluto, delle abitudini di vita (Cass. pen., sez. IV, 18.03.2009, n. 22688, in *Cass. pen.*, 2011, 1, p. 316). Tale principio è conforme al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, per il quale – sia pur con riferimento al complementare istituto della riparazione per ingiusta detenzione – si segnala, da ultimo, sez. IV, 11.07.2007, n. 39815.

Peraltro, va evidenziato che, in tema di danni provocati dall'attività giudiziaria, non è configurabile alcuna ipotesi risarcitoria in relazione alla cd. "ingiusta imputazione", ossia all'imputazione rivelatasi infondata a seguito di sentenza di assoluzione o di archiviazione (così Cass. pen., sez. III, 17.01.2008, n. 11251), esulando essa dalle ipotesi normativamente previste dall'ordinamento vigente (insuscettibili di analogia, attesa la natura eccezionale delle fattispecie risarcitorie in esse contemplate), che ammette la riparazione del danno, patrimoniale e non, unicamente nei casi di: a) custodia cautelare ingiusta (art. 314 c.p.p.); b) irragionevole durata del processo (l. 24 marzo 2001, n. 89, cd. legge Pinto); c) condanna ingiusta accertata in sede di revisione, cd. "errore giudiziario" (art. 643 c.p.p.). La Suprema Corte ha indicato con fermezza i limiti di tali eccezionali ipotesi di responsabilità dello Stato, con il duplice obiettivo di sbarrare la strada ad interpretazioni analogiche e di evitare possibilità di duplicazioni risarcitorie.

Nella liquidazione della somma per la riparazione dell'errore giudiziario (ipotesi sub c) il danno biologico deve essere valutato non necessariamente in base ai parametri tabellari utilizzati dalla giurisprudenza civile, dovendosi ritenere che la natura non patrimoniale di questo tipo di danno consenta di ricorrere anche a criteri equitativi, purché la liquidazione cui si perviene non si discosti in modo irragionevole e immotivato dai parametri tabellari, che comunque costituiscono il metodo adottato dal diritto vivente (Cass. pen., sez. IV, 25.11.2003, n. 2050). Tuttavia, in questo istituto il mancato richiamo all'«equità» da parte del legislatore, se non inibisce al giudice l'utilizzo del criterio equi-

tativo per definire in concreto le conseguenze dell'ingiusta condanna, potrebbe consentire al medesimo di ricorrere, altresì, a parametri di natura risarcitoria (vanno soprattutto prese in considerazione la durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento e le conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna), che possono validamente contribuire a restringere i margini di discrezionalità inevitabilmente esistenti nella liquidazione di tipo esclusivamente equitativo.

La differenza tra i due diversi inquadramenti è rilevante sul piano pratico, in quanto, mentre nel risarcimento il danno va accertato, nella riparazione la prova è *in re ipsa*, risultando il relativo diritto ancorato alla constatazione della mera esistenza dell'errore. È chiaro altresì che la costruzione della riparazione come risarcimento dei danni condurrebbe alla conseguenza di lasciare fuori dal paradigma applicativo degli artt. 314 e 643 c.p.p. tutte le ipotesi di errore dovute al caso fortuito, indipendenti, cioè, dal dolo o dalla colpa del giudice, posto che l'imputabilità soggettiva della lesione è un elemento essenziale per la configurabilità dell'illecito civile.

In entrambi i casi, comunque, quanto al danno non patrimoniale, potrà darsi risalto ai patimenti, alle angosce, alla compromissione delle condizioni di salute, al discredito sociale, allo *strepitus fori* (il clamore suscitato dalla privazione della libertà personale sarà, poi, maggiore o minore a seconda della gravità del reato contestato e, a parità di gravità, della qualità della persona; in materia di ingiusta detenzione, cfr. Cass. pen., sez. III, 16.02.2005, la quale non ha considerato rilevante, ai fini della riparazione, lo *strepitus fori*, posta la personalità già socialmente compromessa dell'avente diritto, gravato da condanne per rapina, lesioni personali e furto), al danno all'immagine, alla separazione o al divorzio e, in generale, a qualsiasi tipo di danno, morale, biologico ed esistenziale, scaturito dall'ingiusto provvedimento.

Non vi è dubbio, d'altra parte, che l'istituto riparatorio non sia riconducibile nell'alveo dell'indennizzo, in quanto il sacrificio del diritto del singolo (sotto forma di privazione della libertà personale) non sempre risulta determinato da un atto legittimo della pubblica autorità, posto che la fattispecie generatrice *ex art.* 314, comma 2, c.p.p. sottende, al contrario, una custodia cautelare disposta o mantenuta in forza di un titolo illegittimo, per carenza dei presupposti applicativi *ex artt.* 273 e 280 c.p.p.

3. Le proposte di legge di riforma

Numerosi sono stati i tentativi di apportare modifiche alla legge "Vassalli". In termini generali, i progetti vanno, di volta in volta, dalla previsione di una responsabilità diretta del magistrato nei casi di dolo e colpa grave alla eliminazione della «clausola di salvaguardia», dall'abolizione del filtro preliminare del

tribunale all'ampliamento delle ipotesi di colpa grave. Non di rado l'esenzione da ogni responsabilità per l'attività di interpretazione di norme di diritto o per quella di valutazione del fatto e delle prove, oggi prevista dall'art. 2, comma 2, della legge n. 117, nel progetto viene subordinata all'assenza di dolo o colpa grave. Talvolta si prevede che l'azione di risarcimento non sia subordinata all'esperimento dei rimedi ordinari di impugnazione, ad alcun termine dilatorio rispetto al fatto o a decadenza, ma soltanto all'ordinaria prescrizione.

Il disegno di legge costituzionale A.C. 4275 presentato dal Governo Berlusconi e volto ad una riforma complessiva del Titolo IV della Parte II della Costituzione, "La Magistratura", prevedeva (articolo 14) l'introduzione in Costituzione di una nuova sezione e di un nuovo articolo, relativi alla responsabilità dei magistrati. Quanto a quest'ultima, l'articolo 113-*bis* prevedeva, al primo comma, che i magistrati fossero direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato. La disposizione prevedeva innanzitutto una responsabilità diretta per gli atti compiuti in violazione dei diritti, senza quindi che il cittadino dovesse rivolgersi allo Stato. La relazione illustrativa sottolineava che «si prevede un'unica disciplina comune per tutti gli impiegati civili dello Stato: il magistrato dovrà, infatti, rispondere degli atti compiuti in violazione dei diritti, che cagionino un danno ingiusto al pari degli altri funzionari dello Stato». L'articolo 113-*bis*, secondo comma, introduceva il principio della responsabilità civile dei magistrati per i casi di ingiusta detenzione e di altra indebita limitazione della libertà personale e rimetteva la disciplina alla legge (nell'ottica che l'art. 24, comma 4, Cost. prevede che la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari). Il terzo comma prevedeva, infine, ribadendo quanto già previsto dall'art. 28 Cost. per i funzionari ed i dipendenti dello Stato, che la responsabilità civile dei magistrati si estendesse allo Stato. Il disegno di legge del Governo ha interrotto il proprio *iter* in sede referente davanti alle Commissioni I e II della Camera dei deputati.

Il disegno di legge comunitaria 2010, nel testo approvato dalla Commissione Politiche dell'Unione europea (A.C. 4059-A), conteneva una specifica disposizione (articolo 18) incidente sui presupposti della responsabilità civile dei magistrati, con finalità di adeguamento dell'ordinamento alla procedura di infrazione comunitaria (2009/2230), sulla quale la Corte di giustizia non si era ancora pronunciata (vedasi *infra*). Dopo il rinvio del disegno di legge in Commissione, disposto il 6 aprile 2011 dall'Assemblea, il provvedimento era tornato all'esame dell'Aula il 26 luglio, incontrando l'approvazione di un emendamento della Commissione che aveva disposto la soppressione dell'art. 18 sulla responsabilità civile dei magistrati.

La volontà di introdurre una disposizione di modifica della legge 117/1988 si è manifestata pochi mesi dopo in sede di esame del disegno di legge comunitaria 2011 quando, il 2 febbraio 2012, l'Assemblea della Camera di deputati ha approvato un articolo aggiuntivo al disegno di legge (emendamento Pini 30.052, dal nome del deputato leghista che chiese di introdurlo), con il parere contrario del Governo (v. A.S. 3129, art. 25). Sul testo si espresse con un parere critico anche il Consiglio superiore della magistratura (14 marzo 2012). Si trattava del testo della proposta di legge (il provvedimento, molto contestato dai magistrati, era stato inserito nella discussione sulla Legge comunitaria per iniziativa del deputato Gianluca Pini) messa a punto dal Guardasigilli Severino (sulla quale la commissione Affari costituzionali del Senato aveva dato parere favorevole con i voti di Pdl, Lega e Coesione nazionale e con quelli contrari Pd e Idv ed il cui parere positivo era stato illustrato da Roberto Centaro di Cn – già presidente della Commissione parlamentare antimafia –).

La proposta di legge introduceva (attraverso la modifica contenuta nell'articolo 25 del disegno di legge comunitaria 2011) all'impianto normativo originario tre novità dal punto di vista sostanziale.

La prima era rappresentata dall'introduzione di tre modifiche, costituite da: a) la possibilità – per chi avesse subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni nelle ipotesi considerate nel medesimo articolo 2, ovvero per diniego di giustizia – di agire non solo contro lo Stato, ma anche contro il soggetto riconosciuto colpevole, per ottenere il risarcimento dei danni; b) l'introduzione dell'ipotesi della "violazione manifesta del diritto" (oltre che della legge nazionale, anche del diritto comunitario), aggiuntiva rispetto ai già previsti titoli di imputazione della responsabilità (dolo o colpa grave), in osservanza a quanto statuito dalla Corte di giustizia nelle sentenze 30 settembre 2003 (emessa nella causa C-224/01 – Kobler), e 13 giugno 2006 (emessa nella causa C-173/03 – Traghetti del Mediterraneo SpA); c) l'aggiunta di un ultimo periodo al comma in questione, con il quale veniva esplicitamente specificato che costituisce dolo il carattere intenzionale della violazione del diritto. La locuzione "violazione manifesta del diritto" era all'evidenza assai generica ed indefinita ed avrebbe condotto ad una dilatazione dell'istituto tale da ricomprendere nel suo ambito applicativo anche condotte connotate da colpa lieve, interpretazioni non conformi ai precedenti, ovvero casi di mera responsabilità oggettiva.

La seconda novella all'articolo 2 della legge n. 117, recata dal comma 1, lettera b), dell'articolo 25, sostituiva il comma 2 del richiamato articolo ed era volta a sopprimere la disposizione che attualmente esclude la configurabilità della responsabilità in presenza di atti-

vità di interpretazione di norme di diritto. Il suddetto comma 2 veniva, infatti, riformulato prevedendo che, salvi i casi previsti dai commi 3 e 3-*bis* del medesimo articolo 2, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non potesse dar luogo a responsabilità la sola attività di valutazione del fatto e delle prove.

La terza ed ultima novella all'articolo 2, recata dal comma 1, lettera c), dell'articolo 25, aggiungeva a tale disposizione il comma 3-*bis*, con il fine – anche in questo caso – di adeguare l'ordinamento nazionale a quanto statuito dalla Corte di giustizia nelle sentenze sopra richiamate. Il comma 3-*bis* stabiliva, infatti, che, ai fini della determinazione dei casi in cui sussisteva una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, dovesse essere valutato se il giudice avesse tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzavano la controversia sottoposta al suo sindacato, con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto. In caso di violazione del diritto dell'Unione europea, si doveva tener conto se il giudice avesse ignorato la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, non avesse osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché se avesse ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea³. Quanto a quest'ultimo profilo, Corte costi-

³ Secondo una giurisprudenza consolidata, l'art. 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora essi ritengano che una causa dinanzi ad essi pendente faccia sorgere questioni che richiedono un'interpretazione o un esame della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione essenziali ai fini della soluzione della lite di cui sono investiti (sentenze del 27 giugno 1991, Mecanarte, C-348/89, Racc. pag. I-3277, punto 44, e del 5 ottobre 2010, Elchinov, C-173/09, Racc. pag. I-8889, punto 26). Il predetto articolo conferisce dunque ai giudici nazionali la facoltà – ed eventualmente impone loro l'obbligo – di effettuare un rinvio pregiudiziale qualora essi constatino, d'ufficio o su domanda di parte, che il merito della controversia implica la soluzione di una questione ricadente sotto le previsioni del primo comma dell'articolo sopra citato (sentenze del 10 luglio 1997, Palmisani, C-261/95, Racc. pag. I-4025, punto 20, e del 21 luglio 2011, Kelly, C-104/10, punto 61). Per tale motivo, il fatto che le parti del giudizio non abbiano prospettato, dinanzi al giudice, una problematica attinente al diritto dell'Unione non osta a che la Corte possa essere adita da detto giudice (sentenze del 16 giugno 1981, Salonia, 126/80, Racc. pag. 1563, punto 7, e dell'8 marzo 2012, Huet, C-251/11, punto 23). Infatti, il rinvio pregiudiziale si fonda su un dialogo tra giudici, il cui avvio dipende interamente dalla valutazione operata dal giudice nazionale in merito alla rilevanza ed alla necessità del rinvio stesso (sentenze del 16 dicembre 2008, Cartesio, C-210/06, Racc. pag. I-9641, punto 91, e del 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, Racc. pag. I-10847, punto 29). È pur vero, però, che il giudice nazionale di ultima istanza non è soggetto all'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione di interpretazione di una norma comunitaria quando non la ritenga rilevante ai fini della decisione o quando ritenga di essere in presenza di un *acte claire* che, in ragione dell'esistenza di precedenti pronunce

tuzionale, 30.03.2012, n. 75, sembra ormai aver fissato dei punti fermi, stabilendo che, rispetto al rinvio pregiudiziale d'interpretazione, ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ai giudici nazionali comuni, alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia sono attribuiti i seguenti ruoli: a) i giudici nazionali, le cui decisioni sono impugnabili, hanno il compito di interpretare il diritto comunitario e se hanno un dubbio sulla corretta interpretazione hanno la facoltà e non l'obbligo di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenerla e farne applicazione, se necessario a preferenza delle contrastanti norme nazionali; b) il giudice di ultima istanza, viceversa, ha l'obbligo di operare il rinvio, a meno che non si tratti di un'interpretazione consolidata e in termini o di una norma comunitaria che non lascia adito a dubbi interpretativi⁴; c) la Corte costituzionale conserva la propria competenza ad interpretare il diritto comunitario quando non sia necessario il rinvio alla Corte di giustizia.

Dal punto di vista processuale, era previsto che lo Stato entro i due anni dal risarcimento dovesse esercitare l'azione di rivalsa (che, quindi, diventava obbligatoria) nei confronti del magistrato. E la misura di questa non potesse superare la somma pari alla metà di un'annualità dello stipendio (anziché, come è ora, ad un terzo; vedasi, sul punto, *postea*), al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento fosse stata proposta. Tale limite non si applicava al fatto commesso con dolo. L'esecuzione della rivalsa, quando avveniva tramite trattenuta dello stipendio, non avrebbe potuto com-

della Corte ovvero dell'evidenza dell'interpretazione, rende inutile (o non obbligato) il rinvio pregiudiziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13.06.2012, n. 3474). Parimenti, l'obbligo di rimettere in via pregiudiziale le questioni relative all'interpretazione delle norme comunitarie alla Corte di giustizia non sussiste allorché il giudice nazionale abbia constatato che la questione non è pertinente, la disposizione comunitaria abbia già costituito oggetto di interpretazione e la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (Cass. pen., sez. IV, 17.05.2012, n. 34753).

⁴ Interessante è il caso di un dirigente dell'allora Banco di Napoli il quale, avendo compiuto 50 anni di età (che all'epoca rappresentava la soglia oltre la quale le donne potevano andare in pensione), ma non ancora 55 anni, avendo goduto del prepensionamento ed avendo subito l'applicazione di un'aliquota meno favorevole, aveva proposto ricorso in sede tributaria, invocando la sentenza n. C-207/04 emessa dalla Corte di giustizia europea in data 21.07.2005 (la quale aveva statuito che “il beneficiario della tassazione con aliquota ridotta alla metà delle somme erogate in occasione dell'interruzione del rapporto di lavoro ai lavoratori che hanno superato i 50 anni, se donne, ed i 55, se uomini” viola il principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne; principio contenuto nella direttiva del Consiglio 09.02.1976, n. 76/207/CEE e ribadito dalla Corte di giustizia con ordinanza del 16.01.2008). Nella fattispecie, non avendo né i giudici tributari né la Suprema Corte sollevato, pur in tal esortati, la questione di interpretazione della norma interna alla luce dell'orientamento comunitario, si è posto proprio un problema di responsabilità civile dei magistrati italiani.

portare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore al terzo dello stipendio netto (laddove nella norma attualmente in vigore è invece pari ad un quinto). Inoltre, era ritenuta ‘indispensabile’ la citazione in giudizio, insieme allo Stato, anche del magistrato quale litisconsorte necessario. L’emendamento “Pini” (approvato a sorpresa alla Camera il 2 febbraio con 264 voti favorevoli e 211 voti contrari) introduceva altresì l’azione diretta del cittadino nei confronti del magistrato responsabile.

Il giudizio espresso dai vertici dell’ANM su quest’ultimo profilo era stato intransigente: “La possibilità per un cittadino di citare direttamente in giudizio il magistrato, rivalendosi economicamente su di lui, può costituire un’evidente intimidazione: finisce per trasferire a un altro giudice il giudizio sulla causa in corso, in una sequenza potenzialmente infinita. Provoca situazioni di incompatibilità e consente a una parte di liberarsi di un magistrato sgradito”. Veniva sottolineato altresì che i magistrati non potevano essere equiparati *tout court* a tutti gli altri pubblici impiegati (sul punto si rinvia *infra*), atteso che, a differenza di questi ultimi, erano gli unici che, nell’adottare un provvedimento, davano ragione ad una parte e torto ad un’altra, in tal guisa scontentando sempre una di esse. Il *plenum* del CSM sul punto aveva altresì proclamato: “Il magistrato, destinato a scegliere tra tesi contrapposte, potrebbe essere condizionato e influenzato in tale scelta e portato a preferire la soluzione che lo possa meglio preservare dal rischio dell’esercizio dell’azione diretta”, piuttosto che quella “maggiormente conforme a giustizia”. C’è inoltre il rischio che le parti, “attraverso l’esercizio immediato e diretto dell’azione nei confronti del magistrato, possano costringere il giudice non gradito all’astensione ovvero, possano, indirettamente, scegliersi il proprio giudice”. Il CSM nella delibera del 28 giugno ha evidenziato che «un rischio eccessivamente elevato di incorrere in responsabilità civile, diretta o indiretta, avrebbe un effetto distorsivo sull’operato dei magistrati, i quali potrebbero essere indotti, al fine di sottrarsi alla minaccia della responsabilità, ad adottare, tra più decisioni possibili, quella che consente di ridurre o eliminare il rischio di incorrere in responsabilità, piuttosto che quella maggiormente conforme a giustizia». Invero, «il giudice potrebbe essere indotto, dal timore della responsabilità, a prendere la decisione che causa un danno alla parte che è nella condizione meno favorevole ad agire in giudizio per il risarcimento dei danni ovvero ad assumere una decisione che sia formalmente coerente con i precedenti orientamenti giurisprudenziali – dunque idonea a porlo al riparo da eventuali azioni risarcitorie – ma sostanzialmente non risponde alla domanda di giustizia della concreta vicenda esaminata». Da ultimo, il CSM ha sostenuto che la questione della responsabilità personale dei giudici è un problema di diritto interno, regolato diversamente nei vari Stati membri. Un giudizio analogo è stato

espresso di recente con riferimento al d.l. 13.9.2012, n. 158 (meglio noto come “decreto Balduzzi”), dettato in tema di responsabilità medica. Invero, si è sostenuto che l’accento posto dal legislatore al rispetto delle linee guida (nel senso che l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a queste linee guida non risponde penalmente per colpa lieve) può facilmente indurre l’operatore sanitario a pratiche di “medicina difensiva” e, dunque, di prono, cieco (e magari inutile) ossequio ai protocolli, esclusivamente per limitare, in futuro, il riconoscimento di una pretesa risarcitoria; il tutto con un evidente aggravio di costi per la struttura pubblica.

La legge comunitaria 2010 è stata approvata dall’Aula pressoché all’unanimità nella seduta del 26 luglio 2011. Tuttavia, l’art. 18, contenente la norma sulla responsabilità dei magistrati, è stato stralciato attraverso l’approvazione di un emendamento soppressivo. L’esame del disegno di legge comunitaria 2011 al Senato non si è concluso (A.S. 3129).

La situazione, nel nostro paese, è aggravata, almeno per quanto concerne il settore penale, dalla obbligatorietà dell’azione penale. Negli Stati Uniti, il procuratore ha la facoltà di scegliere i casi da perseguire, per cui può scartare quelli il cui esito gli appare incerto. In questo modo si rischiano meno errori giudiziari, ma le vittime dei casi che la Procura decide di non perseguire restano senza giustizia. In Italia, poiché la Procura che abbia notizia di un reato deve agire comunque, i magistrati sono più esposti: può capitare che le prove inizialmente indicanti un certo quadro dei fatti vengano ribaltate da altre prove acquisite dopo o dalla confutazione di quelle precedenti. Inoltre, i magistrati devono avvalersi di altre istituzioni (forze dell’ordine, polizia scientifica, medicina legale, assistenti sociali...) per fare le indagini e di periti per le valutazioni nei campi per i quali non hanno competenza (come chirurgia, ingegneria, chimica, balistica, contabilità, etc.). Il giudice emette, quindi, la sentenza anche in base alla combinazione delle perizie e valutazioni di altri funzionari e professionisti.

Il testo di recente approvato in Consiglio dei ministri (governo Letta) prevede, al primo comma, che lo Stato risponda del danno ingiusto su violazioni del diritto comunitario effetto di decisioni giurisdizionali del solo ultimo grado, esaurite le impugnazioni ed entro i tre anni dalla sentenza. Il secondo comma, da un lato, abbraccia l’estensione della responsabilità civile pubblica al caso di interpretazione delle norme prima escluso e, dall’altro lato, prevede alcune circostanze restrittive. In particolare, si stabilisce che deve essere accertata l’intenzionalità della sbagliata interpretazione, nonché il grado di chiarezza della norma applicata. L’iniziativa è stata intrapresa dopo che Commissione Ue ha deciso di aprire (a seguito del mancato rispetto della condanna decretata per lo stesso motivo dalla Corte di giustizia Ue nel novembre 2011) una nuova

procedura d'infrazione contro l'Italia per i limiti posti alla responsabilità civile dei giudici nell'applicazione del diritto europeo, minacciando gravi sanzioni pecuniarie.

Non può oggi non tenersi conto che i giudici europei hanno decretato che la legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati li protegge in modo eccessivo dalle conseguenze del loro operato, avuto particolare riguardo al rispetto ed agli eventuali errori commessi nell'applicazione del diritto europeo (oggi circa l'80% delle norme nazionali deriva da provvedimenti Ue). Di recente, il Consiglio dei ministri ha approvato una norma sulla responsabilità dello Stato rispetto alle "violazioni gravi e manifeste dell'ordinamento Ue da parte di organi giurisdizionali di ultimo grado" (quindi dei supremi giudici della Corte di Cassazione) per chiudere la procedura d'infrazione aperta dall'UE nei suoi confronti.

Da ultimo, sono all'attenzione della Commissione Giustizia del Senato tre disegni legge in tema di responsabilità civile dei magistrati, contraddistinti dai nn. 315 (Barani; mira ad escludere la "pregiudizialità statale" ed il filtro preliminare del tribunale sull'azione risarcitoria), 374 (Barani; prevede la responsabilità diretta del magistrato quando la violazione manifesta del diritto vigente risulti da un'attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione dei fatti e delle prove) e 1070 (Buemi + altri; porta avanti il principio per cui, per i giudici di prima e seconda istanza, il capovolgimento di una giurisprudenza consolidata – in definitiva, l'aver disatteso precedenti univoci della Suprema Corte – della Corte di Cassazione – organo investito, come è noto, della funzione di assicurare anche l'uniforme interpretazione della legge – integra una colpa grave). È palese il rischio cui si andrebbe incontro (nel senso di una generalizzata estensione dei casi di responsabilità) qualora venisse approvato il secondo disegno di legge, se solo si pensa, a titolo meramente esemplificativo, ai dubbi interpretativi che ha determinato il tenore degli artt. 3, 4 e 14 del d.lgs. n. 150/11 in tema di semplificazione dei riti, che hanno reso necessario l'intervento dapprima della Cassazione (ord. 3915 del 19.2.2014, che ha individuato la competenza collegiale per le liquidazioni dei compensi degli avvocati) e poi della Corte cost. (n. 65 dell'1.4.2014, che ha reputato non in contrasto con la carta costituzionale la previsione della competenza collegiale allorché il *thema disputandum* si esaurisce nella quantificazione del compenso e quella che esclude la conversione nel rito ordinario qualora, invece, vengano sollevate dal resistente contestazioni che esondino dall'angusto ambito del *quantum debeatur*). Ma, a ben vedere altrettanto pericolosa è la terza soluzione, se solo si considera il contrasto intestino in seno alla terza sezione della Suprema Corte sul delicato tema del danno da perdita del diritto alla vita (Cass. 23.1.2014, n. 1361, rel. Scarano).

Fermo restando che il vero *punctum dolens* è rappresentato alla rilevanza della violazione manifesta del solo diritto comunitario ed esclusivamente da parte dei giudici di ultima istanza, va posto in rilievo che la stessa Corte di Giustizia, con una sentenza del 24.11.2011, ha condannato proprio l'Italia per non aver provato che le norme interne (insieme alla relativa giurisprudenza della Cassazione) costituissero una mera limitazione, anziché una vera e propria forma di esclusione della responsabilità.

Premesso che l'ultima seduta in Parlamento per l'esame degli emendamenti si è avuta il 5.3.2014, sembra che stia incontrando una condivisione trasversale la formulazione dell'art. 23 del d.d.l. europea 2013-*bis*, che sancisce l'obbligo dello Stato di risarcire il danno per violazione "grave e manifesta" del diritto dell'Unione Europea (e non anche del diritto interno), solo qualora tale violazione sia stata commessa da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Qualora ne ricorrano i presupposti, devono però essere stati esperiti anche i mezzi straordinari di impugnazione (quali la revocazione) e la prescrizione viene allungata da tre a cinque anni.

4. L'analisi della l. 13 aprile 1988 n. 117

Cassazione civile, sez. III, 06/10/2000, n. 13339, ha dichiarato manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 27 e 101 cost., la q.l.c. dell'art. 4 della legge n. 117 del 1988, che prescrive la procedura per lo svolgimento dell'azione di responsabilità nei confronti dei magistrati, sotto il profilo dell'asserito contrasto con i principi del giusto processo, per i criteri restrittivi con i quali sarebbe stata applicata dai giudici ordinari, e per la mancanza della necessaria terzietà nel giudice chiamato a decidere sulle relative controversie. Infatti, è la stessa Costituzione a conferire tutti i poteri giurisdizionali alle giurisdizioni ordinarie ed amministrative, non consentendo che esistano altre figure che esercitino la giurisdizione. Nè le norme costituzionali invocate appaiono pertinenti, in quanto le peculiarità del processo vanno correlate al tipo di azione di cui si tratta, che riguarda situazioni e soggetti nell'ambito di una funzione istituzionale che deve comunque essere garantita e protetta, secondo scelte che rientrano nella insindacabile discrezionalità del giudizio del legislatore.

La nozione di "dolo" cui fa riferimento l'art. 2 della legge n. 117 del 1988 va intesa nel senso non della semplice volontarietà dell'azione che si assume dannosa, bensì della diretta consapevolezza di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri (cd. *animus nocendi*) e, segnatamente, in un processo penale, di ledere i diritti dell'imputato; pertanto, affinché possa ritenersi la sussistenza della responsabilità dei giudici, l'attore deve offrire la prova di una simile consapevolezza (ad esempio, del fatto che

l'apertura dell'indagine penale e la richiesta di custodia cautelare a carico dell'imputato fossero state determinate da fini estranei alle esigenze dell'amministrazione della giustizia; la sopravvalutazione, da parte del p.m., di alcuni elementi di accusa obiettivamente esistenti non è idonea, di per sé sola, a realizzare l'intento persecutorio ed a dimostrare la consapevolezza in capo al magistrato della falsità delle accuse mosse; cfr. Cass. civ., sez. III, 16.11.2006, n. 24370; conf. Cass. civ. 30 marzo 2010 n. 7622 e Cass. civ. 16 febbraio 2009 n. 3734). Il dolo potrebbe essere ravvisato, ad esempio, nella consapevolezza di violare un dovere d'ufficio o di porre in essere un atto illegittimo; nella coscienza dell'ingiustizia del provvedimento o della sua efficacia; nella volontà di nuocere o abusare nell'esercizio delle proprie funzioni.

In proposito, va ricordato che la responsabilità dello Stato per i danni conseguenti a fatti costituenti reato commessi dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni non è esclusa dalla circostanza che il comportamento del magistrato non sia diretto al conseguimento di fini istituzionali, ma mosso da motivi personali ed egoistici, quando l'atto stesso, indipendentemente dalla sua concreta rispondenza o meno alle esigenze di giustizia, sia comunque collegato all'espletamento della funzione giudiziaria, inserendosi nell'ambito di un procedimento quale forma di trattazione dello stesso (così Cass. civ., sez. I, 24.11.2000, n. 15192 e Trib. Milano 20.06.2002). Come è noto, perché possa trovare applicazione l'art. 1228 c.c., occorre che sia fornita la dimostrazione – il cui onere incombe al danneggiato – di una relazione di occasionalità necessaria tra il fatto del dipendente e le mansioni a lui affidate, nel senso che queste abbiano reso possibile o, comunque, agevolato il comportamento produttivo del danno, restando, invece, irrilevante che tale comportamento abbia esorbitato dai limiti di dette mansioni.

La colpa grave si caratterizza in modo peculiare rispetto alla sua nozione generale – quale è quella richiamata dall'art. 2236, comma 2, c.c. con riferimento alla prestazione del libero professionista implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà – sia perché non può dare luogo a responsabilità l'attività del giudice di interpretazione delle norme di diritto, nè quella di valutazione del fatto e delle prove (clausola limitativa che si spiega col carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, connotata da scelte sovente basate su diversità di interpretazioni), sia perché la detta responsabilità incontra un ulteriore limite nella necessità che la colpa grave sia qualificata da "negligenza inescusabile" (Cass. civ., sez. I, 07.11.2003, n. 16696). In particolare, la colpa grave del magistrato è ravvisabile non con riferimento alla diligenza impiegata nell'attività accertativa e valutativa dei fatti, ma all'assenza di tali attività, ovvero alla totale mancanza di analisi degli atti del procedimento, dai quali risulti l'incontestabile sussistenza o insussistenza del fatto ri-

spettivamente negato o affermato (Cass. civ., sez. III, 20.10.2006, n. 22539). Costituisce "colpa grave" del magistrato la emissione di provvedimento concernente la libertà della persona "fuori dei casi consentiti dalla legge" (art. 2, comma 3, lett. d) l. 13 aprile 1988 n. 117). Si discute se rientri in tale ambito il caso della mancata ricerca, da parte del pubblico ministero, di elementi di non colpevolezza in favore della persona sottoposta alle indagini, ai sensi dell'art. 358 c.p.p.

Non è, invece, configurabile neppure in astratto una responsabilità per colpa lieve, perché non è prevista dall'ordinamento, e non è di conseguenza proponibile l'azione di risarcimento del danno nei confronti del Ministero della giustizia per asserita responsabilità del magistrato per colpa lieve (Cass. civ., sez. III, 06.12.2006, n. 26060). Invero, in virtù della disposizione dell'art. 28 Cost. – secondo la quale la responsabilità civile, una volta emersa a carico dei dipendenti, si estende allo Stato e agli enti pubblici – è impossibile configurare una autonoma responsabilità dello Stato e degli enti pubblici allorché il dipendente sia irresponsabile, oppure estendere automaticamente agli stessi una responsabilità (ad es. per colpa) non configurabile in capo al dipendente (responsabile, ad es., solo per dolo; cfr. Cass. civ., sez. I, 14.06.2002, n. 8503). Quanto al diritto del cittadino di ottenere dallo Stato un risarcimento anche in ipotesi diverse da quelle in cui possa configurarsi la responsabilità del giudice (quindi nei casi di colpa lieve), la Corte Cost. ha escluso che tale diritto sia garantito in Costituzione, ma ha affermato, allo stesso tempo, che «niente impedisce alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)» (Corte Costituzionale, sentenza n. 2 del 1968).

L'azione di responsabilità del magistrato per grave violazione di legge, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. a, l. 13 aprile 1988 n. 117, non può costituire strumento per riaprire il dibattito sulla correttezza o meno dell'interpretazione adottata nel provvedimento posto a base della domanda respinta dal magistrato della cui responsabilità si discorre, in particolar modo quando il giudicante sia la Corte di Cassazione, giudice di ultima istanza (Cass. civ., sez. III, 05.02.2013, n. 2637).

È in questo contesto che inserisce il fenomeno, sempre più dilagante, del cd. *outruling* interpretativo rispetto ai precedenti orientamenti della giurisprudenza. Come è noto, il cosiddetto "*outruling*" si ha al cospetto del radicale mutamento di un consolidato orientamento ad opera del giudice della nomofilachia, al quale si deve negare efficacia retroattiva, in modo da non travolgere gli atti processuali già compiuti alla luce della soluzione poi ribaltata. Si pensi a Cass. civ., sez. un., 09.09.2010, n. 19246, la quale, dopo il noto *revirement* ed anticipando l'intervento normativo chiarificatore, aveva statuito che nell'opposizione a decreto ingiuntivo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto fossero automaticamente ridotti alla metà

in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale.

Non va ricompreso nel detto alveo l'interpretazione con la quale si sia, invece, semplicemente composto un contrasto di opposti indirizzi di giurisprudenza. Affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo, come invece dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di "prospective overruling", devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto "overruling" comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 11.03.2013, n. 5962; vedi anche: Cass. civ., sez. un., 30 marzo 2007 n. 7880, Cass. civ., sez. lav., 17 gennaio 2011 n. 897). Ad esempio, l'orientamento giurisprudenziale, consolidatosi dopo la sentenza delle Sezioni Unite della S.C. n. 8203 del 2005, secondo cui, nei giudizi instaurati dopo il 30 aprile 1995, con riguardo alla produzione di nuovi documenti in grado di appello, il comma 3 dell'art. 345 c.p.c. va interpretato nel senso che esso fissa il principio dell'inammissibilità di mezzi di prova nuovi (cioè non richiesti in precedenza) e, quindi, anche delle produzioni documentali (indicando, nello stesso tempo, i limiti di detto principio ed i requisiti che tali documenti devono presentare per poter trovare ingresso in sede di gravame) non ha dato luogo ad una fattispecie di overruling, in quanto preceduto da decisioni dello stesso segno, con conseguente inapplicabilità della regola per la quale mantiene validità l'atto processuale compiuto secondo le forme e i termini previsti dal diritto vivente al momento del suo compimento, in caso di successivo mutamento giurisprudenziale relativo a quelle forme ed a quei termini (Cass. civ., sez. II, 21.01.2013, n. 1370). Mentre nel caso di vero e proprio overruling la parte che era incorso in decadenza o in una preclusione ha il mezzo per ovviare all'errore oggettivamente scusabile (dato dalla rimessione in termini) ed il giudice non dovrebbe incorrere in alcuna responsabilità, potrebbe opinarsi diversamente per il caso di mera composizione di contrasti. Solo in quest'ultima evenienza il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia, il quale porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, opera come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale «ora per allora», nel senso di rendere irrituale l'atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all'orientamento precedente. Ed allora può essere

importante chiarire che per "overruling" deve intendersi il mutamento di giurisprudenza nell'interpretazione di una norma giuridica o di una sistema di norme dal carattere se non repentino, quanto meno inatteso o privo di preventivi segni anticipatori del suo manifestarsi; segnali che possono essere quelli di un pur larvato dibattito dottrinale o di qualche intervento giurisprudenziale sul temo oggetto di indagine (Cass. civ., sez. un., 12.10.2012, n. 17402). È utile sul tema altresì sapere che, in tema di *overruling*, non ricorrono i presupposti per escludere l'applicazione di una decadenza processuale ove dal deposito della pronuncia che ha mutato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità siano trascorsi sei mesi, poiché, pur tenendo conto dei normali tempi tecnici di memorizzazione di tale precedente nella banca dati della Suprema Corte di cassazione consultabile in rete, deve ritenersi che la parte (ed a maggior ragione il giudice) abbia avuto a sua disposizione un arco temporale sufficiente a tener conto della nuova giurisprudenza e, conseguentemente, a prevenire il verificarsi della menzionata decadenza (Cass. civ., sez. lav., 28.02.2012, n. 3042).

Rappresenta questa la sede per operare altresì un breve cenno alle sentenze cc.dd. "della terza via" emesse da un giudice. A tal riguardo occorre operare un distinguo. Nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (cd. terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto (indiscussa la violazione deontologica da parte del giudicante) da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato: qualora, invece, si tratti di questioni di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della rimessione in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente ed irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio (Cass. civ., sez. un., 30.09.2009, n. 20935). Le problematiche sottese alla rilevabilità d'ufficio delle questioni sono sottese altresì agli artt. 101, comma 2, e 183, comma 4, c.p.c..

La risarcibilità del danno cagionato dal magistrato per grave violazione di legge, ai sensi dell'art. 2 comma 3, lett. a), l. 13 aprile 1988 n. 117 postula che tale

violazione sia ascrivibile a negligenza «inescusabile» e, quindi, esige un *quid pluris* rispetto alla negligenza (*recte*, rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 c.c.), richiedendo che essa si presenti come non spiegabile, senza agganci con le particolarità della vicenda atti a rendere comprensibile (anche se non giustificato) l'errore del giudice (Cass. civ., sez. III, 14.02.2012, n. 2107, ha, ad esempio, escluso la sussistenza di tale negligenza nella pronuncia di una sua sentenza del 2007, con la quale aveva dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione avverso altra sentenza del 2004 sul presupposto che l'asserito errore posto alla base del ragionamento fosse di natura valutativa e non percettiva; in senso conforme cfr. Cass. 5 luglio 2007 n. 15227). In particolare, i presupposti della responsabilità dello Stato per grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell'esercizio delle funzioni giudiziarie devono ritenersi sussistenti allorché nel corso dell'attività giurisdizionale si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore (vedi, sulla giurisprudenza cd. creativa, pag. 17) o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero (Cass. civ., sez. III, 18.03.2008, n. 7272, ha, ad esempio, escluso la responsabilità del magistrato per grave violazione di legge derivante dalla emissione di un provvedimento di sequestro ritenuto erroneo dal giudice del gravame, in quanto detto sequestro era fondato su una interpretazione estensiva del concetto di «cose pertinenti al reato», sia pure opinabile e discutibile, ma plausibile sul piano logico-giuridico; conf. Cass. civ., sez. III, 26.05.2011, n. 11593. Sulla nozione di «negligenza inescusabile» cfr.: Cass. 5 luglio 2007 n. 15227; Cass. 27 novembre 2006 n. 25133). Al di fuori di queste ipotesi, la tutela delle parti è di natura esclusivamente endoprocessuale, attraverso il ricorso al sistema delle impugnazioni del provvedimento giurisdizionale che si assume viziato. Cass. civ., sez. III, 27.11.2006, n. 25133, ha ravvisato l'errore rilevante ai sensi delle lettere b) e c) del suddetto art. 2, comma 3, ove il giudice abbia posto a fondamento del suo giudizio elementi del tutto avulsi dal contesto probatorio di riferimento, mentre lo stesso errore deve essere escluso nell'ipotesi in cui il giudice abbia ritenuto sussistente una determinata situazione di fatto senza elementi pertinenti ovvero sulla scorta di elementi insufficienti che, però, abbiano formato oggetto di esame e valutazione, trattandosi in tal caso di errato apprezzamento dei dati acquisiti. Resta nell'area dell'esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell'opzione interpretativa seguita si dia conto e ragione nella motivazione (Cass. civ.,

sez. I, 20.09.2001, n. 11859). Non è stata considerata causa di responsabilità civile del magistrato l'aver aderito, in sentenza, ad un orientamento obsoleto o minoritario, a condizione che il provvedimento sia adeguatamente e plausibilmente motivato (Trib. Roma, 21.02.2000). Anche il dissenso dall'interpretazione di una norma di legge, propugnata dalle sezioni unite della Corte di cassazione, non determina la responsabilità civile per colpa grave del magistrato di merito dissenziente ove sia motivato in diritto (Cass. civ., sez. I, 30/07/1999, n. 8260), pur in assenza dell'opportuno richiamo alle pronunzie disattese, in quanto esso è comunque espressione dell'attività di interpretazione delle norme riservata al magistrato. Fonte di responsabilità, invece, può essere l'omissione di giudizio, sempre che investa questioni decisive, anche in relazione alla fase in cui si trova il processo, e sia ascrivibile a negligenza inescusabile (Cass. civ., sez. I, 05.12.2002, n. 17259). Cass. civ., sez. III, 02.03.2006, n. 4642, ha escluso la responsabilità dei magistrati che, in assenza di gravame sul punto, avevano riqualificato *in peius* il fatto contestato, sulla base della considerazione per cui essi avevano conosciuto di una situazione processuale e di merito che rendeva oggettivamente difficile l'esame delle singole posizioni, trattandosi del capo di appello n. 103, formulato in modo equivoco, tale cioè da poter suscitare perplessità interpretative.

Rappresenta questa la sede per un brevissimo *excursus* sull'ambito applicativo del motivo di ricorso in cassazione previsto dall'art. 360, co.1, n. 3, c.p.c. (violazione o falsa applicazione di norme di diritto). Si riferisce all'errore di diritto nel giudizio di merito, ossia al tipico errore *in iudicando*. La formula della norma mira a ricomprendere tutti gli errori di diritto sostanziale in cui la pronuncia sul merito è incorsa. Essa riguarda, quindi: a) l'erronea individuazione della norma applicabile alla fattispecie (Cass. n. 11504/1991); b) l'erronea interpretazione della norma (Cass. nn. 11310/1999 e 3507/1999); c) l'erronea qualificazione giuridica della fattispecie (il cd. errore di sussunzione, che si manifesta anche nell'applicazione della norma ad una fattispecie da essa non regolata; Cass., sez. un. n. 5/2001, Cass. n. 12644/1998). L'errore *in iudicando* è rilevabile solo se è causale, ossia se produce l'ingiustizia della sentenza in quanto ha determinato una statuizione erronea ed ingiusta nel dispositivo. Il motivo in esame investe tutti gli errori di diritto della sentenza, ma solo gli errori di diritto: è dunque preclusa alla Cassazione qualunque cognizione dei fatti relativi al rapporto sostanziale controverso, che debbono essere assunti così come accertati dal giudice di merito. Di conseguenza, il vizio in esame non è deducibile se deriva da errore nell'accertamento dei fatti o se mira a provocare una nuova valutazione delle risultanze processuali.

Il comportamento del magistrato deve essere valutato con particolare rigore nei casi in cui sia in que-

stione uno dei valori primari di ogni convivenza civile, il bene della libertà personale, espressamente garantito in tutte le sue esplicazioni dalla Carta costituzionale (ad esempio, la complessità del procedimento e l'elevato numero degli imputati non possono costituire valida scusante per la negligenza).

La lett. b) del comma 3 dell'art. 2 dà rilevanza, se determinato da negligenza inescusabile, all'errore di tipo revocatorio, consistente nell'affermazione di un fatto, la cui esistenza sia incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento (cioè la cui inesistenza sia chiaramente posta in luce dalle risultanze acquisite agli atti). Alla detta fattispecie non è riconducibile l'errore del giudice che sulla base di un'esatta percezione di elementi acquisiti, insufficienti e non pertinenti e tali poi ritenuti nei successivi gradi del giudizio, abbia affermato la sussistenza di una situazione di fatto rilevante per la decisione (Cass. civ., sez. I, 06.11.1999, n. 12357). Tale principio è stato altresì affermato con riferimento ad un caso in cui, in sede di applicazione dell'art. 15 l. fall. (come emendato dalla sentenza della Corte Cost. n. 141 del 1970), i giudici di un tribunale fallimentare, avevano disposto, nell'ambito di una istruttoria prefallimentare a carico di una società di persone e dei soci illimitatamente responsabili, la convocazione dei fallenti tramite i carabinieri. Poiché sussiste la responsabilità del magistrato per avere affermato un fatto incontrastabilmente escluso dagli atti del procedimento, Trib. Brescia, 29.04.1998, ha configurato la responsabilità a carico di un giudice istruttore che aveva emesso mandati di cattura per il reato di falso in bilancio aggravato e continuato sulla base delle qualità, in realtà inesistenti, di amministratore e sindaco di una società per azioni.

Anche a tal proposito si rende opportuna una rapida disamina del motivo di impugnazione della sentenza per revocazione previsto dall'art. 395 c.p.c., al n. 4 (il cd. errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa). Sono subito individuati i due principali elementi della fattispecie: a) il nesso causale tra l'errore e la decisione (sul rapporto di causalità necessaria fra l'errore e la pronuncia, ossia sul carattere di essenzialità, o di decisività, dell'errore, nel senso che eliminato quest'ultimo cade il presupposto su cui si fonda la decisione, v. Cass. nn. 8118/1997 e 6367/1996) e b) la rilevanza *ex actis* dell'errore stesso, che fa che il motivo si configuri come "palese" e, quindi di, di revocazione ordinaria. Il dato normativo presuppone in effetti un contrasto antitetico tra due diverse rappresentazioni dello stesso oggetto, emergenti l'una dalla sentenza e l'altra dagli atti e documenti processuali, precisando che si è in presenza dell'errore di fatto a condizione che, da un lato, la realtà desumibile dalla sentenza sia frutto di supposizione, e non di valutazione o di giudizio, e, dall'altro lato, quella risultante dagli atti e documenti non sia stata contestata dalle parti (cfr. Cass. nn. 14256/2000, 6388/1999, 226/1999). A queste condi-

zioni, il contrasto è risolto a favore della rappresentazione che emerge dagli atti e dai documenti del processo, presunta come "vera", mentre la rappresentazione che emerge dall'atto sentenza è destinata ad essere annullata nel giudizio di revocazione. La giurisprudenza è costante nell'affermare che l'errore di fatto consiste in un errore di percezione o in una mera svista materiale che abbia indotto il giudice a supporre l'esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile alla stregua degli atti e dei documenti di causa (cfr. Cass. nn. 3303/2001, 10238/2000, 6237/2000, 4070/2000). L'errore non può, pertanto, riguardare l'interpretazione dei fatti, la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche o l'attività valutativa del giudice di situazioni processuali (così Cass., sez. un. n. 1178/2000). Si sottolinea poi che l'errore di fatto deve apparire di assoluta immediatezza e di semplice e concreta rilevanza, senza che la sua constatazione necessiti di argomentazioni induttive o di indagini ermeneutiche, e non può consistere, per converso, in un preteso, inesatto apprezzamento delle risultanze processuali, vertendosi, in tal caso, nella ipotesi di errore di giudizio, denunciabile con il ricorso per cassazione, entro i limiti di cui all'art. 360, n. 5 (cfr. Cass. nn. 6388/99, 10635/98, 3317/98). In particolare, per quanto riguarda l'esame delle prove testimoniali, l'errore di fatto si è ritenuto configurabile soltanto limitatamente all'attività preliminare della lettura delle deposizioni raccolte e della percezione del loro incontestabile significato letterale e logico da parte del giudice, e non pure in relazione all'attività successiva, consistente nella interpretazione e valutazione del loro contenuto (Cass. n. 7679/86; conf. Cass. n. 476/1996; *contra* Cass. n. 1009/1994). Si è configurato un errore di fatto revocatorio nell'affermazione, contenuta nella sentenza di appello, circa l'avvenuta notificazione della sentenza di primo grado, in palese contrasto con le risultanze degli atti prodotti nel giudizio, escludenti incontestabilmente siffatta notificazione (Cass. n. 11056/2000). Si sono, inoltre, ritenute fattispecie di errore di fatto l'affermata inesistenza agli atti del processo di un documento per contro ritualmente prodotto ed esistente (Cass. nn. 6319/2000, 6556/1997). Si nega, invece, la sussistenza dell'errore di fatto nell'ipotesi in cui esso riguardi norme giuridiche.

L'art. 2 l. 13 aprile 1988 n. 117, nel fissare – a pena di inammissibilità, ai sensi del successivo art. 5, comma 3 – i presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa grave dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, esclude (cd. clausola di salvaguardia) che possa dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prova. La clausola di salvaguardia, riconducibile a quest'ultima esclusione, non tollera letture riduttive,

perché è giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria ed attua l'indipendenza del giudice e, con essa, del giudizio (Cass. civ., sez. VI, 27.12.2012, n. 23979; in senso conforme cfr.: Cass. 27 novembre 2006 n. 25123; Cass. 31 maggio 2006 n. 13000). Non può, pertanto, ritenersi che il giudice sia obbligato a decidere conformemente all'interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un'altra controversia (Cass. civ., sez. III, 31.05.2006, n. 13000). Inoltre, l'esercizio della funzione giurisdizionale, per quanto attiene all'accertamento del fatto ed all'individuazione ed interpretazione della norma ad esso applicabile, non può essere fonte di responsabilità ai sensi della l. n. 117 del 1988, neppure sotto i profili della opinabilità della soluzione adottata, della inadeguatezza della relativa motivazione o della assenza di esplicita e convincente confutazione delle opposte tesi (dovendo passare l'affermazione della responsabilità, anche in tali casi, attraverso una non consentita revisione di un giudizio interpretativo o valutativo; Cass. civ., sez. I, 05.12.2002, n. 17259). Cassazione n. 2201 del 12 marzo 1999, proprio partendo dal principio per cui non è sindacabile l'attività del giudice di valutazione della prova, ha escluso la responsabilità per aver agito con colpa grave di un p.m. e di un G.i.p. che avevano privato della libertà personale un individuo (successivamente prosciolto con formula ampia) affidandosi alla parola di un pentito, priva di adeguati supporti probatori.

La previsione in oggetto ha comportato notevoli difficoltà nell'individuazione del confine tra detta attività interpretativa non sanzionabile e le ipotesi suscettibili di responsabilità per colpa grave, specialmente quella per violazione di legge. A questo proposito, si è chiarito che l'interpretazione di una norma non è mai sanzionabile se resta nell'arco dei suoi possibili significati, con riferimento all'elemento lessicale ed a quello logico. Viceversa, vi è responsabilità al di fuori dei possibili significati della disposizione come formulata dal legislatore.

L'art. 2 cit. è, però, in contrasto con gli obblighi comunitari dello Stato italiano alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011, nella causa C-379/10, con riferimento alle violazioni manifeste del diritto dell'Unione europea imputabili ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado (Cass. civ., sez. III, 22.02.2012, n. 2560). Adeguandosi al novellato orientamento, Trib. Genova, 31.03.2009, n. 1329, ha statuito che, poiché ormai "la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale", non può più trovare applicazione la l. n. 117 del 1988, perché la fattispecie esula dal campo di applicazione della normativa predetta; stante la ritenuta incompatibilità con

il diritto comunitario della clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2, l. cit., in mancanza di un'apposita disciplina sostanziale e processuale, l'azione di responsabilità trova titolo nell'art. 2043 c.c. e pertanto la controversia può proseguire con le forme ordinarie".

Invero, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi su di essa incumbenti in forza del principio generale di responsabilità degli stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, l. 13 aprile 1988 n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati: a) escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo; b) limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave (C.G.U.E., sez. III, 24.11.2011, n. 379). Come la Corte ha osservato nella motivazione della sentenza, «al di fuori dei casi di dolo e di diniego di giustizia, l'art. 2, comma 1, della legge n. 117/1988, prevede che la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione può sorgere qualora un magistrato abbia commesso "colpa grave" nell'esercizio delle proprie funzioni. Quest'ultima nozione viene definita nel successivo comma 3, lett. a), quale "grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile"». Secondo la Corte di Giustizia, a fronte dell'esplicito tenore dell'art. 2, comma 2, di tale legge, lo Stato Italiano non ha fornito alcun elemento in grado di dimostrare validamente che, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, tale disposizione venga interpretata dalla giurisprudenza quale semplice limite posto alla sua responsabilità qualora la violazione risulti dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e non quale esclusione di responsabilità. Una «violazione sufficientemente caratterizzata della norma di diritto» si realizza quando il giudice nazionale ha violato il diritto vigente in maniera manifesta. Il diritto nazionale può precisare la natura o il grado di una violazione che implichi la responsabilità dello Stato, ma non può, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi. In definitiva, la C.G.U.E. ha sottolineato che il requisito minimo richiesto dalla legge n. 117 perché il danno sia risarcito dallo Stato – e cioè la "colpa grave" – è più rigoroso (e quindi più difficile da dimostrare) della "violazione manifesta del diritto", che è invece il requisito richiesto dal diritto europeo. Il passaggio logico successivo che molti compiono è il seguente: se questo è vero con riferimento alle violazioni del diritto europeo, non potrebbe non essere altrettanto vero

per le violazioni del diritto interno; se, infatti, il requisito minimo della “colpa grave” è eccessivo a livello europeo, lo dovrebbe essere anche con riferimento al nostro ordinamento; altrimenti il nostro legislatore dimostrerebbe di essere più preoccupato delle possibili violazioni del diritto europeo che delle possibili violazioni del diritto nazionale.

Anche la seconda contestazione della Commissione viene accolta e consiste nel fatto che le norme sopra riportate limitino sostanzialmente, anche in casi diversi dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione di fatti e di prove di cui al comma 2 della citata disposizione, la possibilità di invocare la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado ai soli casi di dolo o di colpa grave; il che non sarebbe conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. A tal riguardo, la Commissione sostiene, segnatamente, che la nozione di «colpa grave», di cui all'art. 2, commi 1 e 3, della legge n. 117/1988, viene interpretata dalla suprema Corte di cassazione in termini coincidenti con il «carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione» effettuata dal magistrato e non con la nozione di «violazione manifesta del diritto vigente» ritenuta dalla Corte di giustizia ai fini del sorgere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione. Peraltro, già in precedenza C.G.U.E, grande sezione, 13.06.2006, n. 173, aveva chiarito che il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale. Pertanto, il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente. La sentenza cd. “Traghetti del Mediterraneo” ha sottolineato: «Qualunque sia il settore dell'attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti – nazionali e/o comunitarie – al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta». In quest'ottica, non potrebbero non esprimersi perplessità nei confronti di quell'indirizzo della Corte di Cassazione secondo il quale l'attività del giudice «si sostanzia in opera creativa della volontà della legge nel caso concreto» (così ad esempio le decisioni nn. 11091 del 2003, 1136 del 2007 e 24763 del 2009), per cui, in definitiva, non vi sarebbe differenza tra giudice e

legislatore. Con la conseguenza che il giudice non incorrerebbe mai, per definizione, in un “eccesso di potere giurisdizionale” (consistente nella manifesta alterazione del significato di una disposizione); e quindi la Corte di Cassazione non potrebbe mai sindacare quelle che sono audaci invenzioni, non interpretazioni.

Alla luce della sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché della mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, comma 3, CE (sul punto si rinvia *antea*), nonché della manifesta ignoranza della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia. Il Tribunale Roma, sez. II, 29.09.2004 aveva già reputato l'art. 2 l. n. 117/88 in contrasto con la normativa comunitaria, nella parte in cui non consentiva di ottenere il risarcimento del danno causato dal magistrato (derivato dall'attività di interpretazione della legge) ed in cui sottraeva aprioristicamente ed in radice l'attività interpretativa compiuta da un organo giurisdizionale di ultima istanza ad ogni vaglio di esattezza da parte di altra autorità giurisdizionale.

Semplificato al massimo, il ragionamento che fa la Corte è il seguente: “quando c'è stata una violazione, una erronea interpretazione derivante da uno scostamento che non sia scusabile da una interpretazione dominante giurisprudenziale del diritto comunitario e magari non ci siano altre scusanti che derivano dal fatto che la legge è poco chiara, lo Stato deve avere un tipo di responsabilità più ampia di quella che vuole sostenere l'Italia sui parametri del dolo e della colpa grave”.

Si deve ricordare, in proposito, che, secondo costante giurisprudenza della Corte europea, tre sono le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione al medesimo imputabile, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (v. sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, Racc. pag. I-1029, punto 51; 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, Racc. pag. I-5123, punto 36, nonché 24 marzo 2009, causa C-445/06). Inoltre le norme comunitarie devono essere applicate anche ove in contrasto a norme interne con le prime incompatibili

stante il principio del primato del diritto comunitario su quello proprio degli Stati membri. Infatti, come ricordato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, i giudizi nazionali e gli organi dell'amministrazione attiva hanno l'obbligo di applicare integralmente le norme dell'Unione e di tutelare i diritti che da queste vengono riconosciuti in capo ai singoli, disapplicando ove occorra le norme interne confliggenti (C.G.C.E., 22 marzo 1989, C-103/88; C.G.C.E. 11 gennaio 2007, C-208/05). Ne consegue, alla luce della sentenza in rassegna, che non può costituire clausola di esonero e/o esclusione generalizzata di responsabilità la violazione che risulti da un'interpretazione di norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e/o delle prove da parte dell'organo giurisdizionale.

È evidente che dall'adesione ai rilievi operati in sede comunitaria deriverebbe una «norma palesemente asimmetrica», in quanto un'identica attività potrebbe essere o meno causa di responsabilità civile per il magistrato a seconda della natura (statale o europea) della norma che questi dovrà applicare, con conseguente ingiustificata disparità di trattamento e di esposizione a rischi di responsabilità. Per evitare questo rischio *de iure condendo* si potrebbe riformulare l'art. 2 della legge n. 117 del 1988, in modo da adeguarlo alle statuizioni della Corte di giustizia e da parificare altresì le ipotesi di responsabilità, prevedendo che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non possono dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, fatto salvo il caso di manifesta violazione della legge o del diritto dell'Unione europea».

La limitazione della responsabilità ai magistrati della Corte di Cassazione mal si concilia, peraltro, con un indirizzo a tenore del quale la domanda di risarcimento dei danni proposta nei confronti dello Stato in relazione all'attività giurisdizionale, dolosa o gravemente colposa, svolta da più magistrati in diversi gradi dello stesso giudizio, ha carattere unitario e non può scindersi in una pluralità di azioni, ciascuna delle quali fondata sulla specifica attività svolta nel corso del giudizio da uno o più magistrati (Cass. civ. sez. I, 22.05.2004, n. 9880). Ciò in quanto non solo unico è l'*eventus damni*, ma è unico anche il fatto costitutivo rappresentato dalle distinte condotte dei magistrati che convergono tutte ad integrare un'unica fattispecie illecita, della quale lo Stato risponde secondo lo schema disciplinato dall'art. 28 Cost., pur se è possibile che il danneggiato fondi la propria azione solo sulle condotte di alcuni magistrati, o perché ritenga che soltanto esse abbiano causato il danno o perché voglia limitare ad esse la *causa petendi*.

In base all'art. 3 della legge, costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte abbia presentato istanza per ottenere il provve-

dimento e siano decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, i termini previsti dalla legge. In particolare, il termine ordinario è di 30 giorni dalla data di deposito in cancelleria dell'istanza; se tuttavia l'omissione o il ritardo senza giustificato motivo concernono la libertà personale dell'imputato, il termine è di 5 giorni (improrogabili, a decorrere dal deposito dell'istanza) ovvero coincide con il giorno in cui si è verificata una situazione o è decorso un termine che rendano incompatibile la permanenza della misura restrittiva della libertà personale. Il provvedimento col quale il magistrato, investito di un ricorso per sequestro conservativo, decida di fissare l'udienza per la comparizione delle parti, anziché provvedere *inaudita altera parte*, è frutto di una scelta discrezionale del giudicante, e, come tale, se tempestivamente adottato, non può dar luogo a responsabilità del medesimo sotto il profilo del «diniego di giustizia» ex art. 3, comma 1, della legge n. 117 del 1988, ove il debitore, nelle more tra la notifica del ricorso e la concessione del sequestro, disperda od occulti i beni, che avrebbero dovuto formarne oggetto (Cass. civ., sez. III, 09.05.2012, n. 7038). Si è ritenuto che non spetti al creditore istante il diritto al risarcimento dei danni per denegata giustizia nel caso in cui il giudice che abbia emesso un decreto ingiuntivo non abbia pronunciato sulle spese (Tribunale Roma, 06/10/2003). Il Codice del 1940 richiedeva, con riferimento alla responsabilità per diniego di giustizia, una sorta di «diffida ad adempiere» o «messa in mora» (nel senso che la parte interessata doveva prima depositare in cancelleria un'istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto omesso o negato, e poi attendere ancora dieci giorni) del giudice ad opera della parte interessata. Soltanto dopo l'inutile decorso di tale termine poteva essere attivato il procedimento volto a far dichiarare la responsabilità del giudice per denegata giustizia, sempre che il giudice non dimostrasse l'esistenza di un giusto motivo per l'omissione o il rifiuto. Al giudice sarebbe bastato replicare all'istanza con il sostegno di un qualsiasi argomento giuridico tale da «convertire» l'omissione o il ritardo in un rifiuto, ossia in un provvedimento giudiziario passibile eventualmente di impugnazione e di riforma, ma non di responsabilità per danni.

Non manca chi auspica che venga previsto un termine per la conclusione del procedimento giurisdizionale con l'adozione di un provvedimento espresso, analogamente a quanto già previsto dalla legge n. 241 del 1990 per il procedimento amministrativo.

È opportuno precisare che il magistrato, nell'esercizio delle proprie funzioni, può incorrere in responsabilità non solo in conseguenza dell'adozione di un determinato provvedimento, ma anche attraverso un insieme di atti o provvedimenti preordinati ad un fine unitario, lesivo dei diritti altrui. Tuttavia, il perseguimento di un fine unitario presuppone necessariamente un atteggiamento doloso, con la conseguenza che

chi allega di essere stato danneggiato dal magistrato attraverso il compimento mediante più atti o provvedimenti, ha l'onere di allegare nel giudizio di ammissibilità della domanda, di cui all'art. 5 l. 13 aprile 1988 n. 117, concreti elementi idonei a configurare l'atteggiamento doloso, non essendo a tal fine sufficiente la generica affermazione della mera possibilità di un intento doloso del magistrato (Cass. civ., sez. III, 08.05.2008, n. 11229).

Parte Seconda "Aspetti Processuali"

5. La fase preparatoria

La domanda di risarcimento ai sensi della l. 13 aprile 1988 n. 117, sulla responsabilità civile dei magistrati, va proposta con ricorso, e non con citazione, atteso che, dalle caratteristiche della fase iniziale del processo, regolata dall'art. 5 legge cit. e relativa al giudizio di ammissibilità della domanda, si desume che detta fase è improntata alla sommarietà e caratterizzata dalle forme del procedimento camerale; il che lascia trasparire all'evidenza che l'intenzione del legislatore era quella di prevedere, anche senza espressa indicazione, l'uso del ricorso, come è confermato, altresì, dal principio generale contenuto nell'art. 737 c.p.c., che espressamente stabilisce che i provvedimenti che debbono essere pronunciati in camera di consiglio (come quello che definisce il giudizio di ammissibilità *ex art. 5 cit.*) si chiedono con ricorso al giudice competente, che pronuncia con decreto (Cass. civ., sez. I, 29.11.2002, n. 16935). Per valutare se la domanda di risarcimento sia stata tempestivamente proposta si deve quindi far riferimento alla data del deposito del ricorso e non a quella (ovviamente successiva) in cui alla controparte vengono notificati il ricorso stesso ed il decreto con cui il giudice fissa la data di comparizione davanti a sé.

L'azione per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio di funzioni giudiziarie per fatto costituente reato commesso da magistrato va esercitata nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri e non nei confronti del Ministro della giustizia, con la conseguenza che, ove l'azione sia stata esercitata nei confronti del Ministro della giustizia, la carenza di legittimazione passiva di quest'ultimo, incidendo sulla regolare costituzione del rapporto processuale, si risolve in un vizio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (perciò anche in sede di legittimità), col solo limite della formazione del giudicato sul punto (Cass. pen., sez. VI, 28.09.2000, n. 13450). Di contrario avviso è Cass. civ., sez. I, 03.05.1999, n. 4386, secondo cui lo Stato eventualmente evocato in giudizio in veste di responsabile civile è, in virtù della rappresentanza processuale conferita dall'ordinamento ai ministeri (r.d. n. 1611 del 1933 e successive modifiche), rappresentato in giudizio dal Ministero di appartenenza del dipendente e, pertanto, da quello

di grazia e giustizia (e non anche dalla Presidenza del Consiglio dei ministri). Va, peraltro, tenuto presente che di recente la Suprema Corte, in tema di notifica negli appelli avverso le ordinanze-ingiunzione amministrative, ha statuito che la stessa debba avvenire presso l'amministrazione direttamente interessata, anziché presso l'Avvocatura dello Stato (Cass. nn. 25080/2013 e 14279/2007).

Il magistrato – che nel giudizio instaurato nei confronti dello Stato ha la veste di soggetto processuale solo eventuale – non può essere chiamato in causa, essendo unicamente legittimato (art. 6) a svolgere intervento adesivo dipendente a norma dell'art. 105 comma 2 c.p.c. e, in mancanza del suddetto intervento, non fa stato nel giudizio di rivalsa contro di lui la pronuncia di condanna, la quale, a sua volta, in nessun caso condiziona il procedimento disciplinare (Corte costituzionale, 14/07/1999, n. 301). Invero, in caso di obbligazione solidale dal lato passivo, l'accertamento del debito nei riguardi di uno solo dei condebitori non richiede la necessaria partecipazione al giudizio anche dell'altro e non fa stato nei suoi confronti; ciò non impedisce tuttavia al debitore escusso di agire in rivalsa verso il condebitore solidale (art. 1306, comma 1, c.c.), adducendo il fatto di aver dovuto soddisfare le ragioni del comune creditore, fermo restando che il convenuto in questo secondo giudizio è libero di proporre tutte le eccezioni idonee a paralizzare la pretesa dell'attore, anche in relazione a quanto già accertato nella precedente causa cui egli non ha partecipato (Cass. civ., sez. I, 19.02.2003, n. 2469; conf. Cass. civ. 19 maggio 2008 n. 12691). D'altra parte, l'esistenza di un vincolo di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c. tra più convenuti in un giudizio di risarcimento dei danni non genera mai un litisconsorzio necessario, avendo il creditore titolo per valersi per l'intero nei confronti di ogni debitore, con conseguente possibilità di scissione del rapporto processuale che può utilmente svolgersi anche nei riguardi di uno solo dei coobbligati, per cui non è configurabile, sul piano processuale, inscindibilità delle cause in appello (con conseguente inapplicabilità dell'art. 331 c.p.c.) neppure nell'ipotesi in cui i convenuti si siano difesi in primo grado addossandosi reciprocamente la responsabilità esclusiva del sinistro (e, perciò, del danno; cfr. Cass. civ., sez. III, 29.04.2006, n. 10042; conf. Cass. civ. 03 marzo 2010 n. 5067). Il magistrato non può essere assunto come teste né nel giudizio preliminare di ammissibilità, né nel giudizio contro lo Stato.

Ai sensi dell'art. 4 l. 13 aprile 1988 n. 117 e dell'art. 11 c.p.p., per il giudizio di responsabilità civile del magistrato per danni nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, è funzionalmente competente, anche per la delibazione sull'ammissibilità della domanda (art. 5 legge citata) e per questioni di costituzionalità delle norme – che pertanto non possono esser esaminate dalla Corte di cassazione adita per regolare la compe-

tenza – il Tribunale ove ha sede la Corte di appello del distretto più vicino (art. 5 l. 22 dicembre 1980 n. 879) a quello ove è compreso l'ufficio giudiziario a cui egli appartiene (Cass. civ., sez. III, 25.02.1998, n. 2039). In particolare, la competenza territoriale in ordine alle azioni per risarcimento del danno cagionato nell'esercizio della funzione giudiziaria spetta al tribunale del luogo sede della Corte d'appello del distretto individuato dall'art. 1 disp. att. c.p.p., né tale criterio di collegamento subisce deroghe per i magistrati delle giurisdizioni speciali o per quelli appartenenti alle istituzioni di vertice (Cass. civ., sez. VI, 11.01.2013, n. 668). Nella ipotesi in cui il danno fosse stato cagionato da magistrato non appartenente ad un distretto di Corte d'appello, concernente i magistrati delle giurisdizioni speciali e quelli della Corte di cassazione e della relativa procura generale, la competenza territoriale in passato era ritenuta spettare inderogabilmente al giudice competente *ex art. 25 c.p.c.* (foro della pubblica amministrazione), cioè al giudice del luogo di adempimento della obbligazione risarcitoria (il luogo sede della tesoreria competente per il pagamento). Nello stesso senso si era subito orientata la giurisprudenza in tema di competenza in ordine alle domande di indennizzo per l'irragionevole durata del processo, avuto riguardo alla analoga formula dell'art. 3, comma 1, l. 24 marzo 2001 n. 89 (cfr.: Cass. 16 marzo 2010 n. 6307; Cass. 29 marzo 2005 n. 6551; Cass. 15 giugno 2004 n. 11300). Il *revirement* di Cass., sez. un., 16 marzo 2010 n. 6307, in tema di irragionevole durata di processo conclusosi dinanzi al Consiglio di Stato, ha avuto un'inevitabile ricaduta anche sulla interpretazione dell'art. 4 l. n. 117, cit. Il nuovo indirizzo, probabilmente destinato a consolidarsi ulteriormente, soddisfa l'esigenza di assicurare che la trattazione delle cause per responsabilità giudiziaria fondate su comportamenti dei magistrati della Corte di cassazione e degli organi di vertice delle magistrature amministrative siano trattate da giudici operanti in altra sede; ha, peraltro, l'effetto, di riservare, di fatto, la relativa competenza territoriale inderogabile ad un solo ufficio giudiziario, individuato nel Tribunale di Perugia. Invero, in tema di azione per la responsabilità civile dei magistrati, ai fini dell'individuazione del giudice competente per territorio, il criterio di collegamento di cui all'art. 11 c.p.p., richiamato dall'art. 4 della legge n. 117 del 1988, opera nei confronti di tutti i magistrati, compresi quelli delle istituzioni di vertice (nella specie, Consiglio di Stato), non ostandovi, sul piano lessicale, il termine "distretto", adoperato nell'art. 4 cit., atteso che tutti i magistrati, anche quelli che non hanno un "distretto" di appartenenza, operano comunque in una sede (nella specie, in Roma), rispetto alla quale può individuarsi la sede diversa *ex art. 11 c.p.p.* (nella specie, in Perugia), al fine di assicurare che i giudici competenti a decidere sulla responsabilità non siano prossimi ai giudici cui la responsabilità è ascritta (Cass. civ., sez.

VI, 05.06.2012, n. 8997). L'incompetenza territoriale del giudice adito per la riparazione dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie è causa di inammissibilità della domanda, rilevabile d'ufficio (trattandosi di incompetenza per territorio inderogabile) ai sensi e nelle forme di cui all'art. 5 l. 13 aprile 1988 n. 117 (Cass. civ., sez. I, 15.04.2005, n. 7922).

La sentenza della Cassazione n. 8315 del 1° settembre 1997 afferma che nelle controversie ove si deduce che il magistrato debba rispondere direttamente ed in proprio di un illecito penale, la competenza per territorio deve essere individuata in base ai comuni criteri (*forum commissi delicti e forum creditoris*) e non in base alle disposizioni specifiche contenute nella legge n. 117/1988.

In caso poi di azioni risarcitorie proposte da uno stesso soggetto contro lo Stato ai sensi dell'art. 2 legge 13 aprile 1988 n. 117 e contro il magistrato ai sensi dall'art. 13 della stessa legge, poiché la prima è fondata sul comportamento doloso o gravemente colposo posto in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, e la seconda sulla commissione, da parte del medesimo e nell'esercizio delle sue funzioni, di un fatto costituente reato, le relative cause non sono connesse per l'oggetto o per il titolo ed il giudice, inderogabilmente competente per territorio, ai sensi dell'art. 4 della suddetta legge, per la prima azione, può legittimamente separarla dalla seconda per deciderla e rimettere la decisione su quest'ultima al giudice competente per territorio, secondo le regole ordinarie. Del resto, l'obbligazione risarcitoria derivante da un fatto dannoso unico imputabile a più persone è solidale, non cumulativa, e perciò non sussiste litisconsorzio necessario passivo tra costoro.

6. Presupposti, condizioni e vaglio preliminare di ammissibilità

A norma dell'art. 4, comma 2, l. 13 aprile 1988 n. 117 l'azione contro lo Stato per il risarcimento del danno cagionato dal magistrato nell'esercizio della funzione giudiziaria può essere esercitata soltanto dopo che siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari (onde evitare che l'azione risarcitoria diventi un'alternativa ai normali rimedi processuali), e comunque, quando non sia più possibile la modifica o la revoca del provvedimento (Cass. 24 febbraio 1994, n. 1884). Dovendo colui che si assuma ingiustamente leso dal provvedimento del giudice preventivamente (ed inutilmente) percorrere le vie che la legge processuale predispone per rimuovere gli errori e le violazioni di legge in ipotesi realizzatesi, l'azione *de qua* dovrà dirsi inammissibile, ad esempio, tutte le volte in cui, a seguito della emanazione di un provvedimento di urgenza, e della conseguente instaurazione della fase di merito, le parti abbiano, poi, convenuto una soluzione extraprocessuale della lite, con ciò impedendo

ogni possibilità di revisione o di revoca della decisione posta, poi, a base della richiesta risarcitoria (Cass. civ., sez. I, 08.05.1998, n. 4682). In quest'ottica, Cass. civ., sez. I, 25.01.2002, n. 871, ha ritenuto inammissibile la domanda di risarcimento del danno conseguente all'inserimento di espressioni, ritenute ingiuriose, nella motivazione di una sentenza civile di primo grado, che sia stata proposta in pendenza del giudizio di appello avverso la detta sentenza. Alla stessa stregua deve negarsi l'ammissibilità dell'azione nel caso in cui, lamentandosi la lesione del diritto di libertà personale, prodotta dal protrarsi dell'ingiusta detenzione, non sia stata proposta istanza di riesame avverso l'ordinanza che ha disposto la misura della custodia in carcere (Cass. civ., sez. I, 03.12.2001, n. 15246; sulla stessa falsariga si è posta Cass., 12 ottobre 1999, n. 11438, in un caso in cui la parte civile di un processo penale per bancarotta aveva omissso di impugnare la sentenza assolutoria di primo grado). Basta, a tal riguardo, pensare che non potrebbe qualificarsi come rilevante l'errore riscontrato *a posteriori* dal giudice del gravame sulla base del controllo esercitato sull'attività valutativa (Cass. civ., sez. I, 20.09.2001, n. 11859).

Nel giudizio per l'affermazione della responsabilità civile dei magistrati, fatto costitutivo è il singolo comportamento, atto o provvedimento (o diniego di giustizia) posto in essere dal magistrato, con dolo o colpa grave, nell'esercizio delle sue funzioni. Pertanto, quando l'azione risarcitoria sia fondata su di un provvedimento per il quale è previsto uno specifico rimedio, il termine biennale di decadenza (la cui inosservanza è rilevabile d'ufficio) di cui all'art. 4, comma 2, l. 13 aprile 1988 n. 117 decorre dal momento in cui siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti, mentre il medesimo termine decorre dall'esaurimento del grado del procedimento nel cui ambito si è verificato il fatto dannoso solo quando nei confronti del provvedimento in questione non siano previsti rimedi di sorta (Cass. civ., sez. III, 05.05.2011, n. 9910, ha stabilito che, per la richiesta di rinvio a giudizio da parte del p.m. e per il decreto di citazione emesso dal G.i.p., il citato termine biennale decorre dalla data della pronuncia della sentenza di primo grado e che, per l'atto di appello proposto dal p.m. avverso la sentenza di assoluzione, tale termine decorre dalla pronuncia della sentenza di appello). Il termine è di tre anni dalla data del fatto che ha cagionato il danno se in tal termine non si è concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si è verificato.

Il termine decorre, nel caso in cui l'atto ritenuto fonte di responsabilità sia un'ordinanza di custodia cautelare, dalla data del deposito del provvedimento di annullamento dell'ordinanza stessa da parte della Corte di Cassazione, potendosi, in quella data, legittimamente predicare tanto "l'esaurimento dei mezzi ordinari d'impugnazione", quanto "l'immodificabilità ed

irrevocabilità" con riguardo al provvedimento restrittivo emesso dal G.i.p. (Cass. civ., sez. I, 04.01.2001, n. 76). In generale, in siffatta evenienza, l'azione risarcitoria è proponibile quando siano stati esperiti, ove previsti, tutti i rimedi processuali astrattamente idonei a provocarne la revoca o la modifica, ovvero quando la sua rimozione o modificazione non sia più, in ogni caso, giuridicamente possibile. Secondo Cassazione civile, sez. III, 13.10.2006, n. 22006, poiché il termine di decadenza previsto per il suo esercizio dall'art. 4, comma 3, della legge decorre dal giorno in cui è venuta meno la possibilità di modifica o di revoca del provvedimento, è inammissibile per intervenuta decadenza la domanda proposta nell'anno 2003 per il risarcimento di danno cagionato da provvedimento di custodia cautelare revocato nell'anno 1992. In realtà il problema dell'ammissibilità dell'azione alla stregua della norma in esame non è soltanto un problema di termini. L'impugnazione ordinaria o l'esperimento dei rimedi in materia di libertà o di cautela esprimono il rifiuto del provvedimento da parte del soggetto inciso e rendono possibile il controllo di legittimità dell'operato, che si assume affetto da dolo o colpa grave, del giudice. Il mancato esperimento del rimedio, ove previsto, sembra perciò porsi, nel sistema della l. n. 117 del 1988, come causa di inammissibilità (per carenza di interesse) dell'azione indipendentemente dal decorso del termine e, nell'ordine logico, prima della decadenza che da quel decorso deriverebbe. L'esaurimento del grado del procedimento – cui fa riferimento la norma – va inteso nel senso di definizione dell'oggetto di quest'ultimo con provvedimento non più modificabile; il che si verifica non soltanto nel caso di totale esaurimento del procedimento, ma anche in quello di esaurimento soltanto parziale, limitatamente alla parte dell'oggetto che viene definita (in quest'ottica, Cass. civ., sez. I, 29.04.2003, n. 6696, ha ritenuto che costituisse esaurimento del grado del procedimento penale l'ordinanza – o decreto – di archiviazione parziale, poiché tale provvedimento presenta, per la parte dell'oggetto del procedimento penale che viene archiviata, caratteri di definitività e immodificabilità pari al provvedimento di archiviazione che definisce totalmente le indagini preliminari, potendo entrambi i provvedimenti essere superati solo mediante la riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p.).

Cass. civ., sez. I, 24.12.2002, n. 18329, ha dichiarato manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 4, commi 2 e 3, l. 13 aprile 1988 n. 117, nella parte in cui prevede il termine biennale di decadenza dall'azione, sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto all'ordinaria azione di responsabilità extracontrattuale, che è soggetta a termine di prescrizione quinquennale, perché nel caso dell'azione di cui alla legge cit. il termine è di decadenza, non di prescrizione, e quindi risponde ad esigenze diverse da quelle tutelate con la disciplina di cui all'art. 2947 c.c..

La sospensione feriale dei termini processuali, prevista dall'art. 1 legge n. 742 del 1969, non si applica al termine biennale di proposizione dell'azione di risarcimento del danno derivante da responsabilità civile dei magistrati, previsto all'art. 4 l. 13 aprile 1988 n. 117, in quanto l'ampiezza di tale termine porta ad escludere che l'inapplicabilità della sospensione feriale determini un effettivo nocumento alla tutelabilità della situazione giuridica sostanziale posta a base dell'azione (Cass. civ., sez. III, 03.05.2011, n. 9681).

È opportuno rilevare che, poiché tra il giudizio di responsabilità ex art. 2 l. 117/88 ed il ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo non sussiste alcuna pregiudizialità necessaria, la pendenza di un procedimento dinanzi alla Corte di Lussemburgo non interrompe né sospende in alcun modo il termine di decadenza previsto dall'art. 4 l. n. 117/88 (così Trib. Roma, 09.06.2003).

Il soggetto leso dai comportamenti di un magistrato, che, a sua volta, sia sottoposto a procedimento penale nel corso del quale detti comportamenti siano stati compiuti, non può legalmente esercitare il diritto al risarcimento, per superiori esigenze di giustizia, fino a quando il suddetto procedimento penale sia in corso, ivi compresa la fase impugnatoria, e pertanto il termine quinquennale di prescrizione per l'azione risarcitoria deve ritenersi decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio penale a carico del soggetto leso da comportamenti tenuti dal magistrato nell'ambito di quel processo (Cass. civ., sez. I, 29.11.1999, n. 13308).

Il preliminare controllo di ammissibilità (il tribunale competente deve preventivamente valutare, oltre al rispetto dei termini, la non manifesta infondatezza della domanda) è finalizzato non già a costituire una posizione di privilegio per il magistrato, ma a tutelare i valori di indipendenza ed autonomia fissati dagli artt. 101 ss. Cost. (Cass. civ., sez. I, 04.05.2005, n. 9288). Qualora nella domanda risarcitoria siano prospettati reati da parte del magistrato implicanti anche ipotesi di fatti dolosi o gravemente colposi di cui agli artt. 2 e 3 l. n. 117 del 1988, la domanda, per quest'ultima parte resterà soggetta al filtro di cui all'art. 5 di suddetta legge (operato dal tribunale competente sulla domanda). Mentre rimane inammissibile la parte della domanda in cui sia stata configurata un'ipotesi di reato non accertata con sentenza di condanna passata in giudicato, presentata comunque al di fuori del relativo un processo penale (App. Milano, 31.10.2007). Pertanto, l'art. 13 l. 13 aprile 1988 n. 117, che disciplina la responsabilità civile dei magistrati per fatti costituenti reato, pur non contemplando espressamente il filtro preventivo rappresentato dal giudizio di ammissibilità ex art. 5 della stessa legge per le ipotesi di dolo, colpa grave e diniego di giustizia, richiede ugualmente l'espletamento di tale preventivo giudizio, ove proposta direttamente in sede civile, prescindendo dall'azione

penale (vedasi *postea*). In definitiva, (al di fuori del caso in cui l'azione di responsabilità venga esercitata mediante costituzione di parte civile nel processo penale) pur essendo possibile per il preteso danneggiato dal fatto costituente reato, commesso dal magistrato ed accertato con sentenza passata in giudicato, esperire direttamente azione risarcitoria in sede civile, è tuttavia necessario che l'azione civile diretta sia proposta secondo la procedura di cui all'art. 4 della l. n. 117/1988 e, pertanto, la stessa deve essere preceduta dal filtro di ammissibilità di cui al successivo art. 5, al fine di garantire e presidiare i valori costituzionali della autonomia ed indipendenza del giudice.

L'inammissibilità, ravvisabile nei casi di mancato rispetto dei termini o dei presupposti di cui agli articoli 2, 3 e 4 e nel caso di manifesta infondatezza, è dichiarata con decreto motivato. Il tribunale che dichiara ammissibile la domanda dispone la prosecuzione del processo nei confronti dello Stato e ordina altresì la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare.

Il tribunale adito in sede civile dal presunto danneggiato ha l'obbligo della delibazione preliminare di ammissibilità dell'azione limitatamente alla ipotesi in cui questa sia diretta contro il magistrato, nessun giudizio preliminare di ammissibilità essendo, invece, richiesto, in caso di proposizione dell'azione stessa contro lo Stato, con la conseguenza che l'eventuale declaratoria di improponibilità della domanda nei confronti del magistrato (quale effetto del negativo giudizio preliminare di ammissibilità) ne impedisce l'esame nel merito nei confronti del magistrato, ma non si estende *ipso facto* all'azione proposta contro lo Stato, senza che assuma, all'uopo, rilievo ostativo alla prosecuzione del giudizio nei soli confronti di quest'ultimo la circostanza che il danneggiato abbia, in concreto, richiesto la condanna in solido di entrambi i convenuti (Cass. civ., sez. III, 16.10.2007, n. 21618).

Rientra nella fase di delibazione sull'ammissibilità dell'azione anche l'indagine sul carattere interpretativo della violazione di legge e sulla natura percettiva dell'errore di fatto che la parte prospetti come causativi di danno, in quanto le attività di interpretazione e di valutazione si pongono come elementi definitivi dell'illecito. Nella fase di ammissibilità dell'azione risarcitoria in dipendenza di responsabilità civile del magistrato, di cui all'art. 5 della legge n. 117 del 1988, la valutazione va compiuta esclusivamente *ex actis*, essendo l'infondatezza ragione di inammissibilità della domanda quando sia manifesta e, cioè, emerga dagli atti senza necessità di indagini o accertamenti istruttori ulteriori, con la precisazione che, ove la valutazione così compiuta conduca il giudice a ritenere l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 2 della stessa legge in termini di certezza e definitività, tale valutazione non concreta violazione dei limiti istituzionali del controllo demandato al giudice. La Cassazione (si ve-

dano da ultimo le sentenze nn. 9811 del 19 giugno 2003; 6697 e 6696 del 29 aprile 2003) ha affermato che la manifesta infondatezza dell'azione risarcitoria deve emergere da una valutazione sul merito della questione dedotta in giudizio, condotta senza la necessità di ulteriori indagini o accertamenti istruttori. In definitiva, il procedimento preliminare riguardante l'ammissibilità dell'azione risarcitoria riveste natura deliberativa relativamente alla sussistenza degli elementi adottati a sostegno della contestazione (nel senso che, ove non sia evidente la pretestuosità della relativa deduzione, rimane devoluta al successivo giudizio di merito l'approfondita valutazione della sua fondatezza), mentre ha carattere di cognizione piena e definitiva in ordine alla configurabilità dei dati contestati, dei requisiti e delle condizioni cui la legge subordina la suddetta responsabilità. Sicché l'attività cognitoria del giudice in sede di esame di ammissibilità comprende la verifica del carattere non interpretativo della lamentata violazione di legge da parte del magistrato del quale si richiede l'affermazione di responsabilità, atteso che, come si è visto, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto.

7. L'azione diretta nei confronti del magistrato

L'art. 13 della legge n. 117 del 1988, nel prevedere l'azione diretta nei confronti del magistrato e dello Stato, quale responsabile civile, in caso di reati commessi dal magistrato medesimo nell'esercizio delle proprie funzioni, si pone su di un piano diverso da quello delle ipotesi di responsabilità contemplate dagli art. 2 ss. della legge stessa e si riferisce a fattispecie che presentino - rispetto all'ipotesi di dolo di cui all'art. 2 - un ulteriore connotato, rappresentato dalla costituzione di parte civile nel processo penale eventualmente instaurato a carico del magistrato, ovvero da una sentenza penale di condanna del medesimo, passata in giudicato. Pertanto, l'esclusione del controllo di ammissibilità della domanda risarcitoria deve essere circoscritta all'ipotesi in cui sia intervenuta sentenza di condanna del magistrato passata in giudicato, ovvero all'ipotesi in cui la domanda stessa, in quanto inserita nel processo penale mediante costituzione di parte civile (come consente l'art. 75, comma 2, c.p.p.), possa essere oggetto di decisione (del giudice penale) solo contestualmente all'accertamento del verificarsi del reato. Ne consegue che, qualora il soggetto leso prospetti, pur in difetto di tali presupposti, di aver subito un danno ingiusto per il compimento di reati da parte di magistrati nell'assolvimento delle funzioni istituzionali, la relativa domanda non si sottrae al giudizio di ammissibilità previsto dall'art. 5 della richiamata legge, in quanto, ove il (preteso) danneggiato potesse liberamente agire in giudizio civile (in via alternativa o cumulativa nei confronti del magistrato e dello Stato) semplicemente prospettando ipotesi di reato a carico

del magistrato, risulterebbero completamente vanificati i limiti ed il "filtro" imposti dalla legge all'ammissibilità dell'indicata azione (in particolare, si affiderebbe alla mera prospettazione del soggetto in tesi danneggiato l'effetto di autorizzare il contraddittorio immediato e diretto con il magistrato, così eludendo un istituto di garanzia approntato a difesa della funzione giurisdizionale, non del singolo soggetto che la esercita; cfr. Cass. civ., sez. III, 07.05.2007, n. 10295, e Cass. civ., sez. III, 16.11.2006, n. 24387). Se non vi fosse un filtro tra la parte e il giudice, ogni litigante in malafede potrebbe liberamente promuovere azioni di responsabilità civili contro magistrati non graditi, accusandoli della commissione di uno o più reati, e considerare tali pendenze quali presupposti di astensione e/o ricasazione del magistrato stesso ai sensi e per gli effetti dell'art. 51 n.3 c.p.c., con l'effetto di sottrarre alla controversia il suo giudice naturale. Di recente, Cass. civ., sez. III, 03.01.2014, n. 41, ha ribadito (in una fattispecie in cui l'azione risarcitoria è stata respinta in quanto i danneggiati l'avevano esperita in sede civile, sul presupposto di essere stati diffamati dal "contenuto ingiurioso" della condotta del magistrato, senza aver altresì querelato il magistrato, per accertare l'esistenza di un reato in sede penale) che l'azione risarcitoria da parte del preteso danneggiato dal fatto-reato addebitato al magistrato "può essere esercitata soltanto in sede penale, mediante costituzione di parte civile del danneggiato nel processo penale, e, direttamente in sede civile, solo dopo che sia intervenuta sentenza di condanna del magistrato passata in giudicato". La fattispecie analizzata nella pronuncia da ultimo indicata è particolarmente interessante, atteso che esige che l'azione di responsabilità diretta verso il magistrato per fatti costituenti reato debba necessariamente essere esercitata mediante costituzione di parte civile o previa condanna irrevocabile nel processo penale non solo laddove il reato addebitato al magistrato inerisca alle sue funzioni decisorie (cioè si tratti di illecito commesso nell'esercizio dell'attività propriamente giurisdizionale), ma anche allorché esso attenga ad altre condotte penalmente rilevanti del giudice. Pur se l'interpretazione appare anacronistica ora che l'ordinamento consente, in linea generale, di proporre l'azione civile risarcitoria direttamente in sede civile, senza più il necessario tramite del giudizio penale (art. 75, comma 2, c.p.p.), la stessa ha superato il vaglio del giudice costituzionale. Del resto, in tal senso depongono chiaramente l'art. 1 (ove si richiama la "attività giudiziaria" e la "funzione giudiziaria") e lo stesso art. 2, là dove viene fatto riferimento non soltanto al danno ingiusto per effetto di un "provvedimento giudiziario", ma anche al "comportamento" e all'"atto" posto in essere dal magistrato, così intendendo, ancora una volta, non circoscrivere la portata delle norme di cui alla l. n. 117 in riferimento alla sola funzione strettamente giurisdizionale, assunta come attività decisoria.

La legge n. 117/1988 prevede, ai fini dell'azione civile per il risarcimento, l'applicazione delle norme ordinarie nel caso in cui il danno sia conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni (art. 13). Il danneggiato, quindi, potrà agire direttamente nei confronti del magistrato e dello Stato, quale responsabile civile, e l'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato sarà disciplinata dalle norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

La domanda di risarcimento del danno proposta direttamente nei confronti di un magistrato, per fatti da questi commessi nell'esercizio delle sue funzioni, è (al di fuori dei casi in cui il danno sia conseguenza di un fatto costituente reato commesso nell'esercizio delle funzioni – art. 13 –) improponibile ai sensi dell'art. 2 l. 13 aprile 1988 n. 117, il quale accorda l'azione di risarcimento nei soli confronti dello Stato. Ne consegue che il giudice investito di tale domanda, quand'anche territorialmente incompetente, deve dichiarare comunque detta improponibilità (Cass. civ., sez. VI, 26.06.2012, n. 10596). Cassazione civile, sez. I, 04.05.2005, n. 9288, ha sostenuto che il diniego di azione diretta contro il magistrato non incide sulle posizioni creditorie del danneggiato, per l'esautiva tutela rappresentata dalla piena assunzione da parte dello Stato delle corrispondenti obbligazioni.

La sentenza della Corte dell'Unione europea 13 giugno 2006 n. 49/2006, la cosiddetta sentenza "Traghetti del Mediterraneo" (per una embrionale analisi della stessa vedasi *infra*), spesso invocata per sostenere la necessità di estendere in via diretta ai magistrati l'azione risarcitoria, conferma, in realtà, "che uno Stato membro (e non il singolo magistrato) è responsabile dei danni causati ad un singolo da una violazione manifesta del diritto comunitario imputabile ad un giudice supremo" (anche quando tale violazione derivi dalla pronuncia di un organo giurisdizionale di ultimo grado). Nelle conclusioni, la Corte chiarisce che, per adeguarsi al diritto comunitario, la legge italiana dovrebbe essere integrata prevedendo che il cittadino possa chiedere allo Stato il risarcimento anche quando la sentenza definitiva sia frutto di errata interpretazione delle norme giuridiche europee o da una valutazione dei fatti e delle prove operata nell'ultimo grado di giudizio o da una violazione manifesta del diritto vigente. Anche un'altra sentenza – che pure ha condannato l'Italia – della C.G.U.E., la C.379-10 del 24 novembre 2011, talvolta richiamata, parla solo della "responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un loro organo giurisdizionale di ultimo grado" e censura "l'esclusione di qualsiasi responsabilità dello Stato per interpretazione delle norme di diritto o per valutazione di fatti e prove da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado e la limitazione, da parte del legislatore nazionale, della

responsabilità dello Stato ai casi di dolo o colpa grave dell'organo giurisdizionale medesimo". Leggendone le conclusioni è chiaro che il riferimento alla responsabilità civile dei magistrati viene fatto soltanto perché presente nel titolo della legge italiana oggetto di censura. Quindi la Corte UE non ha mai chiesto che l'Italia preveda che il cittadino possa rivalersi direttamente nei confronti di un magistrato che per qualsiasi ragione abbia sbagliato nell'esercizio delle sue funzioni, e la legge italiana – che ha indotto la Commissione UE a portare in giudizio il nostro paese – è effettivamente contraria al diritto dell'Unione europea, ma per altri aspetti. Anche la raccomandazione n. 12 del 17 novembre 2010, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ha stabilito che "VII-70. I giudici non devono essere personalmente responsabili se una decisione è riformata in tutto o in parte a seguito di impugnazione" e che solo "Al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, i giudici rispondono in sede civile, penale e amministrativa come qualsiasi altro cittadino" (VII-71).

Il che non significa che il magistrato non debba rispondere, ma che ciò debba avvenire disciplinarmente e deontologicamente, oltre che dal punto di vista patrimoniale con un'azione che lo Stato potrà poi svolgere per rivalersi nei suoi confronti. Senza tralasciare che la Corte di giustizia dell'Unione europea non giudica individui, ma Stati e, dunque, è improprio richiamarla a fondamento della riforma proposta.

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 2 del 1968, ha chiarito definitivamente che l'art. 28 Cost. si applica senza dubbio anche ai magistrati, in quanto «l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dall'organizzazione statale. Il magistrato è e deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione; ma questa è funzione statale ed i giudici, esercitandola, svolgono attività abituale al servizio dello Stato». Ciò posto, la Corte ha altresì aggiunto che la disciplina della responsabilità civile non deve essere necessariamente uniforme, ricalcata sull'art. 2043 del codice civile o sui principi del d.P.R. n. 3 del 1957 (Statuto degli impiegati civili dello Stato, il quale prevede la responsabilità anche per colpa grave). Secondo il giudice costituzionale, la disciplina dei limiti della responsabilità può essere variamente individuata, per categorie di dipendenti o per speciali situazioni, sempre che la regola adottata non sia tale da comportare l'esclusione di ogni responsabilità. Con riferimento ai magistrati, «la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito *ante litteram*, condizioni e limiti alla sua responsabilità; ma non sono tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di

irragionevolezza sia di per sé (art. 28) sia nel confronto con l'imputabilità dei "pubblici impiegati" (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, e art. 3 della Costituzione)». In altre parole, il giudice costituzionale ha ritenuto in linea di principio applicabile anche ai magistrati il principio generale sancito nell'art. 28 Cost., pur non escludendo in concreto la possibilità per il legislatore di inserire delle limitazioni in ragione di un contemperamento con altri valori costituzionali. La peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni. Se «gli artt. 101, comma 1, 102, 104, comma 1, e 108, comma 2, della Costituzione [...] non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibile alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione», il legislatore ordinario è però autorizzato a prevedere meccanismi di tutela dell'indipendenza del magistrato nella stessa normativa che ne afferma la responsabilità. Tale duplice profilo è chiaramente rinvenibile nella legge n. 117 del 1988, che, pur disciplinando la responsabilità civile degli appartenenti all'ordine giudiziario, è altresì «caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria». Infatti, «il principio dell'indipendenza è volto a garantire l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione *super partes* che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere». In questa direzione sembra muoversi Cass., sez. un., 13.11.2012, n. 19704, secondo cui, alla stregua di una lettura costituzionalmente orientata, l'art. 51, comma 2, c.p.c. deve ritenersi parzialmente abrogato per incompatibilità della facoltà, sostituita dall'obbligo, del giudice di astenersi in presenza della grave ragione di convenienza costituita dalla presenza di interesse proprio o di prossimo congiunto nella causa ad esso demandata (che diventa, pertanto, una causa obbligatoria di astensione e, quindi, di ricusazione).

Con la sentenza n. 18 del 1989, sempre la Corte costituzionale ha affermato che, poiché la disciplina dell'attività del giudice deve essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, ma al tempo stesso il magistrato è soggetto alla legge e in primo luogo alla Costituzione, che sancisce ad un tempo il principio d'indipendenza e quello di responsabilità, «non merita censura una disciplina della responsabilità civile del magistrato caratterizzata da una serie di misure e di cautele dirette a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria».

8. L'azione di rivalsa dello Stato

Va segnalato che alcuni progetti di riforma hanno ipotizzato una responsabilità solidale tra il magistrato e lo Stato. È chiaro che in siffatta evenienza l'azione di quest'ultimo nei confronti dell'autore del danno non potrebbe essere più qualificata come azione di «rivalsa», bensì come azione di «regresso». A tal proposito, è opportuno ricordare, comunque, che l'art. 1306 c.c. si applica nei soli rapporti tra creditore e coobbligato solidale, e non ai rapporti di regresso tra i vari condebitori; ne consegue che il condebitore il quale, pagato il debito, agisca in regresso nei confronti dell'altro coobbligato, non può invocare nei confronti di questi il giudicato che lo abbia condannato al pagamento; né il coobbligato convenuto può a lui opporre altro e contrastante giudicato, col quale invece sia stata rigettata la pretesa creditoria nei suoi confronti (cfr., di recente, Cass. civ., sez. III, 26.06.2013, n. 16117). Pur non rappresentando questa la sede per un approfondimento tematico, va altresì rilevato che, in tema di obbligazioni solidali, il regresso trova fondamento nella corresponsabilità ed è volto ad evitare l'ingiustificato depauperamento del *solvens* (nel caso di specie, il Ministero di giustizia) che ha adempiuto a titolo di garanzia (il riferimento alla garanzia è, ovviamente, operato alla fattispecie di più frequente verifica); a quest'ultimo spetta, altresì, la surrogazione nei confronti del debitore garantito (nella specie, il magistrato), caratterizzata da presupposti e contenuto diversi, sicché esse sono complementari pur se non cumulabili (cfr. Cass., 12.10.2007 n. 21430), potendo essere esercitate entrambe le relative azioni nei limiti in cui il regresso sia diretto ad ottenere quanto spettante in eccedenza rispetto al credito oggetto della vicenda successoria della surrogazione⁵ (Cass. civ. sez. III, 30.10.2007, n. 22860; nel senso che l'azione di regresso spettante al debitore solidale che abbia effettuato il pagamento è in sostanza un'azione di surrogazione, cfr. Cass. 18 marzo 1982 n. 1762; nel senso che la surrogazione legale del condebitore solidale che ha pagato il debito comune nei confronti degli altri condebitori non è esclusa dal diritto di regresso concesso in via alternativa a norma dell'art. 1299 c.c., cfr. Cass. 30 marzo 1981 n. 1818). Il regresso costituisce pertanto un rimedio altro e diverso dal risarcimento dei danni, cui se del caso si aggiunge, trattandosi di istituti fondati su diversa *causa petendi* e con diverso *petitum*⁶.

⁵ Si tende a riconoscere a colui che ha pagato il debito principale la possibilità di agire per il rimborso nei confronti del debitore con la domanda sia di surrogazione che di regresso (essendo, quindi, i due rimedi cumulabili), non ovviamente per ottenere due volte i medesimi effetti prodotti dalla due azioni, ma nel senso della integrazione dei rispettivi vantaggi. Ad esempio, tramite la surrogazione il garante può valersi delle garanzie del creditore per il rimborso della somma dovuta a quest'ultimo e tramite il regresso farsi rimborsare anche delle spese.

⁶ Come è noto, su un piano generale, mentre la surroga costituisce applicazione dell'art. 1203 c.c. (che richiede l'esecuzione della

Sulla base della normativa vigente, se è accertata nel giudizio la responsabilità del magistrato, lo Stato, entro un anno dall'avvenuto risarcimento, esercita (per il tramite del Presidente del Consiglio dei Ministri) nei suoi confronti l'azione di rivalsa (artt. 7 e 8). In nessun caso la transazione è opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa e nel giudizio disciplinare⁷. I giudici conciliatori (*recte*, i giudici di pace) e i giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo. I cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo e nei casi di colpa grave di cui all'articolo 2, comma 3, lettere b) e c) (e, quindi, non anche nei casi di grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile e di emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione).

L'azione di rivalsa, promossa dal Presidente del Consiglio dei Ministri, va proposta davanti allo stesso tribunale del capoluogo del distretto della corte d'appello, da determinarsi a norma dell'articolo 11 c.p.p. e dell'articolo 1 delle norme di attuazione del codice di procedura penale.

La misura della rivalsa non può superare una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato

prestazione da parte di terzo in luogo dell'obbligato), il regresso si giustifica alla luce delle regole sulle obbligazioni solidali. Inoltre, mentre l'azione di surrogazione deriva al garante dal fatto di essere subentrato nei medesimi diritti (di credito) e azioni che il creditore aveva nei confronti del debitore principale in base al rapporto originario (fenomeno di continuazione del creditore originario, con titolarità modificata; che comporta, ad esempio, il subentro *ex lege* nella garanzie che assistono il credito), il regresso costituisce un diritto (di credito) nuovo, proprio ed autonomo del garante, e presuppone la totale estinzione dell'obbligazione. Più in particolare, l'azione di regresso risulta per legge più ampia (cfr. art. 1950, commi 2 e 3, c.c.), in quanto comprende il capitale e gli interessi dovuti dal debitore principale, nonché le spese che il garante ha sostenuto dopo che ha denunciato al debitore principale le istanze proposte contro di lui. Il garante ha anche diritto agli interessi legali (*recte*, in misura non inferiore al tasso legale) sulle somme pagate dal giorno del pagamento (e, se il debito principale produceva interessi in misura superiore al saggio legale, ha diritto a questi fino al rimborso del capitale) e fino alla data del rimborso da parte del debitore principale. Viceversa, gli eventuali interessi spettanti al surrogante sono sempre della medesima misura di quelli del creditore surrogato, anche inferiore al tasso legale.

⁷ Va sottolineato che i titolari dell'azione disciplinare hanno l'obbligo di esercitarla, in quanto l'art. 9 della legge dispone che «[1] Il procuratore generale presso la Corte di cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta, entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma 5 dell'articolo 5. Resta ferma la facoltà del Ministro di grazia e giustizia di cui al secondo comma dell'articolo 107 della Costituzione. [2] Gli atti del giudizio disciplinare possono essere acquisiti, su istanza di parte o d'ufficio, nel giudizio di rivalsa. [3] La disposizione di cui all'articolo 2, che circoscrive la rilevanza della colpa ai casi di colpa grave ivi previsti, non si applica nel giudizio disciplinare».

al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta, anche se dal fatto è derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità. Tale limite non si applica al fatto commesso con dolo. L'esecuzione della rivalsa, quando viene effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, non può comportare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore al quinto dello stipendio netto.

Le citate disposizioni sulla misura della rivalsa dello Stato si applicano anche agli estranei che partecipano all'esercizio delle funzioni giudiziarie. Per essi la misura della rivalsa è calcolata in rapporto allo stipendio iniziale annuo, al netto delle trattenute fiscali, che compete al magistrato di tribunale; se l'estraneo che partecipa all'esercizio delle funzioni giudiziarie percepisce uno stipendio annuo netto o reddito di lavoro autonomo netto inferiore allo stipendio iniziale del magistrato di tribunale, la misura della rivalsa è calcolata in rapporto a tale stipendio o reddito al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta.

L'esercizio dell'azione disciplinare nei confronti del magistrato ordinario per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento spetta al procuratore generale presso la Corte di Cassazione; l'azione va proposta entro due mesi dalla comunicazione del tribunale distrettuale che dichiara ammissibile la domanda di risarcimento. Gli atti del giudizio disciplinare possono essere acquisiti, su istanza di parte o d'ufficio, nel giudizio di rivalsa (art. 9).

9. La regolamentazione della responsabilità civile dei magistrati negli altri Paesi: cenni

Quanto alla verifica se negli altri Paesi occidentali sia prevista l'azione diretta, va evidenziato che Francia (nella quale, peraltro, la rivalsa è esclusa in caso di colpa grave), Paesi Bassi (in cui è del tutto esclusa l'azione di rivalsa) e Germania non prevedono questa possibilità per gli atti connessi all'esercizio delle funzioni e che in Spagna, in caso di dolo o colpa grave, si può chiedere (sotto forma di responsabilità diretta e concorrente) il risarcimento ad un magistrato (in particolare, oltre che per errore giudiziale, anche nel caso del funzionamento anormale della giustizia ed in quello delle carcerazioni preventive seguite da assoluzioni), ma solo dopo che un'apposita Corte ha accertato la dolosità del comportamento. In Gran Bretagna c'è la totale immunità, come negli altri paesi di *Common law*, fra cui gli Stati Uniti (anche se sia in America che in Gran Bretagna questa irresponsabilità è equilibrata da misure disciplinari che arrivano alla rimozione per *misbehaviour*, cioè per cattiva condotta, nella quale ricadono non solo tutti i casi richiesti dalla Corte di Giustizia europea, ma altresì la stessa semplice negligenza). Immunità in Giappone (dove la Corte Suprema ha ampi poteri anche sugli avvocati) e in Israele – dove per i reclami contro la magistratura esiste un Garante soggetto soltanto alla legge – si ritiene che il principio dell'indipendenza della

magistratura sarebbe scalfito da una norma che consentisse di chiedere i danni direttamente ad un magistrato.

10. Varie

La garanzia di non punibilità prevista dall'art. 32-bis l. 24 marzo 1958 n. 195 (articolo aggiunto dalla l. 3 gennaio 1981 n. 1) in favore dei componenti del Consiglio superiore della magistratura, in relazione alle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto di una discussione consiliare (garanzia prevista a tutela della funzione istituzionale dell'organo di governo autonomo della magistratura, nonché dell'indipendenza di quest'ultima) si riferisce anche alla responsabilità civile e copre ogni manifestazione del pensiero in concreto attinente all'oggetto della discussione consiliare e strumentalmente collegata all'esercizio del diritto di voto (l'ambito di operatività della suddetta garanzia non può, pertanto, essere limitato alle sole opinioni espresse nell'ambito di discussioni consiliari riguardanti la carriera di magistrati, ma va esteso anche a quelle costituenti espressione delle funzioni assegnate dalla Costituzione ai membri del Consiglio superiore della magistratura, purché strutturalmente necessarie al loro esercizio e obiettivamente collegate all'oggetto di una discussione consiliare; Cass. civ., sez. III, 27.02.2013, n. 4854).

Presupposto per l'accoglimento della domanda risarcitoria proposta ai sensi dell'art. 2 comma 3 lett. a) l. n. 117 n. 1988 è l'accertamento del nesso di causalità giuridica tra l'evento e le conseguenze pregiudizievoli lamentate dall'attore; non appare sufficiente al riguardo la valutazione prognostica della discrasia tra la pronuncia di rigetto del ricorso e la fondatezza del motivo non esaminato, nel senso che, in mancanza dell'errore omissivo, la decisione sarebbe stata con certezza di segno opposto, occorrendo dimostrare altresì che nella serie causale dalla quale è derivato il pregiudizio patrimoniale lamentato dall'attore non sia intervenuto un fattore eziologico diverso dalla omissione colposa del collegio al quale sia possibile ricollegare in via esclusiva (causa efficiente) l'*eventum damni* (cfr. Trib. Roma, sez. II, 06.02.2006). Cass. civ., sez. I, 29.01.1996, n. 654, ha escluso ogni nesso eziologico tra l'evento dannoso che il ricorrente assumeva di aver patito per effetto di un rinvio a giudizio ed il decreto di citazione a giudizio emesso dal p.m. senza la previa escussione dei testi a carico indicati dall'imputato; infatti, il potere del p.m. di richiedere la citazione a giudizio dell'imputato, a norma dell'art. 396 dell'abrogato c.p.p., si basava su una valutazione ampiamente discrezionale circa la necessità del dibattimento nei confronti dell'imputato, giustificata dagli elementi probatori già acquisiti, fermo restando che era riservata alla sede dibattimentale il vaglio sulla consistenza dell'imputazione.

Nel caso di corruzione in atti giudiziari di uno dei magistrati componenti un organo collegiale, è risar-

cibile in favore della parte, che abbia subito una sentenza ingiusta, il danno derivante dalla perdita della *chance* di ottenere una sentenza favorevole, in assenza della corruzione. Trib. Milano, sez. X, 03.10.2009, n. 11786, ad esempio, ha commisurato il danno all'indebolimento della posizione negoziale nella trattativa relativa alle questioni che erano state definite dal lodo arbitrale, poi dichiarato nullo dalla sentenza influenzata dalla corruzione, alle spese legali sostenute nel procedimento arbitrale ed in quello di impugnativa del lodo ed alla lesione dell'immagine imprenditoriale subita dalla parte, che aveva subito l'ingiusta sconfitta giudiziaria; la *chance* è stata ritenuta commisurabile all'80% dell'importo del danno così quantificato (in materia si vedano Cass. civ., 9 ottobre 2001, n. 12357; Cass. civ., 21 febbraio 2003, n. 2645; Cass. civ., 13 marzo 1996, n. 2092; Cass. civ., 23 gennaio 1998, n. 624; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619; Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 584; Cass. civ., 22 marzo 1994, n. 2734; Cass. civ., 22 giugno 2007, n. 14578; in argomento si vedano, inoltre, Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598; Cass. civ., 18 marzo 2003, n. 3999; Cass. civ., 26 febbraio 2003, n. 2869; Cass. civ., 22 agosto 2007, n. 17873; Cass. civ., 4 giugno 2007, n. 12929; Cass. civ., 26 giugno 2007, n. 14766).

L'assenza di danno può essere ragione di inammissibilità solo sotto il profilo della manifesta infondatezza dell'azione, evidenziabile *ictu oculi*, nel senso che le allegazioni della stessa parte istante non consentano, nemmeno in termini astratti, di ipotizzare il verificarsi di un nocumento e la sua derivazione causale dal fatto addotto (Cass. civ., sez. I, 29/04/2003, n. 6697).

Il provvedimento di archiviazione di una denuncia penale, in tesi ascrivibile a dolo o colpa grave del magistrato che l'ha adottato o ha contribuito ad adottarlo, può dare ingresso all'azione risarcitoria soltanto se ed in quanto sia foriero di danno patrimoniale, nell'ambito del quale non è riconducibile il venir meno – per effetto dell'archiviazione – della possibilità di ottenere dal denunciato il ristoro del danno morale. Le connotazioni intrinseche di quest'ultimo, infatti, sono in radice ostative ad una sua "conversione" in danno patrimoniale, sol perché il relativo pregiudizio venga in discussione con un soggetto distinto dall'autore del reato, in quanto la lesione di un bene non patrimoniale rimane tale e non si "patrimonializza" in relazione alla circostanza che sia addotta contro persona diversa da chi in tesi l'abbia provocata (Cass. civ., sez. III, 27.05.2005, n. 11293, ha chiarito che, in ogni caso, in sede civile su istanza del danneggiato, il giudice potrebbe accertare la sussistenza di un fatto generatore del danno non patrimoniale, non sussistendo con l'archiviazione alcuna situazione di preminenza della giurisdizione penale; del resto, il denunziante può agire civilmente senza necessità di presentare denuncia penale e l'azione civile risarcitoria può essere introdotta anche senza far ricorso alla costituzione di parte civile).

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

In materia di infortuni occorsi agli alunni durante il tempo in cui sono affidati agli insegnanti, è sufficiente per il danneggiato che agisce in giudizio per il risarcimento dei danni, la mera indicazione di questi ultimi e dell'esistenza di un rapporto *ex contractu* per giustificare la propria pretesa risarcitoria? In che modo si ripartisce, tra le parti in giudizio, l'*onus probandi*?..... 202
di Daniele Graziano

DIRITTO PENALE

In quali casi il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, da non abitabile ad abitabile, integra il reato di lottizzazione abusiva?..... 204
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nell'ambito del pubblico impiego, è applicabile l'istituto della sospensione cautelare (contemplato dall'art. 5 del CCNL del personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie locali) nei confronti di un dipendente pubblico condannato in primo grado per il reato di abuso d'ufficio (di cui all'art. 323, comma 2, c.p.) con sentenza penale non definitiva? Il sindacato sulla legittimità di tale provvedimento rientra nella giurisdizione ordinaria ovvero in quella amministrativa? 208
di Elia Scafuri



Diritto civile

In materia di infortuni occorsi agli alunni durante il tempo in cui sono affidati agli insegnanti, è sufficiente per il danneggiato che agisce in giudizio per il risarcimento dei danni, la mera indicazione di questi ultimi e dell'esistenza di un rapporto *ex contractu* per giustificare la propria pretesa risarcitoria? In che modo si ripartisce, tra le parti in giudizio, l'*onus probandi*?

La questione in esame prende spunto da una recente pronuncia giurisdizionale della sezione VIII civile del Tribunale di Napoli, in persona del Giudice dott. Amura: la sentenza n. 5978 del 17 aprile 2014.

In tale pronuncia il giudicante ha inteso definire i confini della responsabilità *ex contractu*, gravante sull'amministrazione scolastica, nel caso di danno cagionato dagli allievi a se stessi, focalizzando l'attenzione sul regime probatorio previsto *ex art.* 1218 c.c. e, dunque, sugli elementi che l'attore deve necessariamente indicare per poter avanzare una pretesa risarcitoria fondata sull'inadempimento contrattuale della parte pubblica.

La controversia trae origine da un infortunio occorso ad una minore durante l'ora di educazione fisica.

In seguito all'accadimento lesivo, i genitori dell'allunna introducevano con atto di citazione un giudizio a cognizione piena e ordinaria innanzi al giudice competente e chiedevano accertarsi la responsabilità del Ministero dell'istruzione, università e ricerca nella causazione dell'infortunio *de quo* e la condanna di quest'ultimo, correttamente individuato quale unico soggetto legittimato passivo alla lite, in virtù del rapporto di immedesimazione organica insistente tra il personale docente e l'amministrazione statale, al ristoro dei danni subiti.

L'azione di risarcimento danni dispiegata dall'attore trovava titolo nella responsabilità dei docenti e degli educatori pubblici per omessa osservanza dei doveri di vigilanza sui minori; tale responsabilità va ricondotta – secondo il più recente orientamento giurisprudenziale – nell'alveo della responsabilità *ex contractu* prevista *ex art.* 1218 c.c.

A tale tesi contrattualistica è pervenuta la Suprema Corte dopo una lunga e travagliata ricostruzione ermeneutica, cristallizzatasi nel noto arresto (Cass. civ.,

sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346) nel quale, in materia di responsabilità della P.A. in caso di lesioni procurate dall'alunno a se stesso durante il periodo in cui è sottoposto alla vigilanza degli insegnanti scolastici, la Corte ha escluso la riconducibilità della fattispecie sia nello schema dell'illecito di cui all'*art.* 2048 c.c. – applicabile solo nel caso di danno cagionato dall'alunno a terzi – che nello schema generale dell'*art.* 2043 c.c., affermando che “l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determina in vincolo negoziale in virtù del quale, nell'ambito delle obbligazioni assunte dall'istituto deve ritenersi sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e sull'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso [...]”.

Per quel che concerne, poi, più segnatamente, il criterio di riparto dell'onere probatorio nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, la Corte, nella richiamata pronuncia, afferma che “è applicabile il regime probatorio derivante dall'*art.* 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante”.

Quest'ultima previsione, cui non sono mancate critiche in dottrina in ordine alla sua cripticità, stabilisce un criterio di riparto dell'*onus probandi* piuttosto sintetico e, per certi versi, approssimativo.

Tale laconicità, riscontrabile nell'arresto giurisprudenziale *supra* richiamato, ha creato sul punto non poche perplessità agli interpreti di diritto che hanno, in più di un'occasione, mal interpretato l'esegesi nomofilattica della fattispecie resa dalla Corte.

Ci si è a lungo chiesti, infatti, se possa considerarsi bastevole, ai fini della sussistenza della responsabilità di cui all'*art.* 1218 c.c., offrire esclusivamente la prova che il danno si sia verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, senza alcun riferimento alla dinamica fattuale dell'accadimento lesivo.

Per rispondere in modo coerente ed esaustivo a tale interrogativo, occorre necessariamente muovere dall'orientamento espresso sul punto dalla giurispru-

denza di legittimità degli ultimi anni, cui la recente pronuncia in esame del Tribunale di Napoli, di fatto, intende uniformarsi.

Il principio di diritto desumibile dall'interpretazione nomofilattica resa dalla Suprema Corte, in tema di onere della prova dell'inadempimento, è rinvenibile, in modo chiaro ed inequivoco, nella sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, nella quale le Sezioni Unite, nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici, hanno enunciato il principio secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

Ciò che emerge, dunque, è l'onere, gravante sul creditore, di dedurre nella domanda risarcitoria l'esistenza del vincolo negoziale e – nondimeno – di offrire l'indicazione della circostanza dell'inadempimento.

Nella controversia *de qua*, l'attore si limitava a dedurre che l'infortunio si fosse verificato nel corso dell'ora di educazione fisica, senza offrire al giudice una – seppur breve – ricostruzione fattuale dell'accadimento lesivo, dalla quale emergesse una condotta inadeguata ovvero negligente da parte della convenuta amministrazione scolastica. Tale lacunosa attività deduttiva non veniva nemmeno successivamente colmata dal deposito di memorie di cui al primo termine dell'art. 183, comma 6, c.p.c.

Il *decisum* del giudice napoletano, muovendo dall'orientamento giurisprudenziale cui *supra* si è fatto

ampio riferimento, ha ravvisato in questa lacunosità deduttiva della parte attrice la debolezza della pretesa risarcitoria avanzata.

Ha ritenuto il giudice, infatti, che, pur essendo condivisibili le ricostruzioni in diritto effettuate dalla difesa dell'attore, avuto riguardo alla natura della responsabilità (contrattuale) invocata, non è sufficiente, tuttavia, la mera indicazione dell'esistenza di un rapporto contrattuale per giustificare la pretesa al risarcimento dei danni che si siano prodotti in corso di rapporto.

Necessaria sarebbe stata l'allegazione della circostanza dell'inadempimento della parte pubblica, in mancanza della quale non sarebbe neanche individuabile l'onere della prova a carico del convenuto.

Osserva, ancora, il giudice che, nel caso di un infortunio scolastico, sarebbe stato opportuno circostanziare l'inadempimento della controparte denunciando, ad esempio, l'assenza dell'insegnante durante l'ora di lezione, la pericolosità degli esercizi ginnici svolti durante l'attività sportiva ovvero l'inesistenza di misure idonee a garantire la sicurezza e l'incolumità degli allievi, sorgendo solo a fronte di tali possibili allegazioni la prova, a carico dell'amministrazione convenuta, di aver adempiuto correttamente la propria prestazione. Di tali doglianze non vi era traccia nella domanda attorea.

Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale può dunque dirsi in generale che in mancanza di una, sia pure generica, allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte convenuta, la domanda risarcitoria avanzata, benché fondata su una responsabilità *ex contractu*, deve essere inevitabilmente respinta.

Diritto penale

In quali casi il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, da non abitabile ad abitabile, integra il reato di lottizzazione abusiva?

Con ordinanza emanata all'udienza del 27.04.2009 il Tribunale di Napoli, sez. VIII, coll. F, rigettava l'istanza di riesame avanzata da F.B. e confermava il decreto di sequestro preventivo con il quale il G.i.p. presso il medesimo Tribunale aveva disposto il sequestro di un'abitazione sita in Napoli, oggetto di interventi edilizi finalizzati al mutamento di destinazione d'uso di una sala adibita a riunioni condominiali in unità abitativa costituita da due ambienti con angolo cottura e wc (n. 15324/2007, R.G.N.R. n. 511/2009 R.I.M.C. Reali).

Il G.i.p. nel provvedimento impositivo del vincolo reale riteneva configurabile l'ipotesi di reato di cui all'art. 44 d.P.R. 380/2001, cd. Testo Unico dell'edilizia, per essersi realizzato un mutamento di destinazione tra categorie ritenute non omogenee, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. C del d.P.R. citato.

Con la medesima motivazione il G.i.p. rigettava l'istanza di dissequestro con provvedimento emesso in data 20.02.2009.

L'ordinanza in esame appare particolarmente interessante perché ripropone una serie di questioni ancora dibattute in giurisprudenza, ossia: 1) qual è il titolo abilitativo richiesto nel caso in cui gli interventi da eseguirsi sull'unità immobiliare siano qualificabili come di "ristrutturazione edilizia"? 2) in quali casi è penalmente rilevante il mutamento di destinazione d'uso degli immobili?

Il primo interrogativo sembra, oramai, avere una risposta unanime in giurisprudenza. I giudici di Piazza Cavour, infatti, nel tentativo di definire il concetto di "nuova costruzione" hanno rilevato che, a prescindere dalla riconoscibilità o meno della modifica della destinazione d'uso, se risulta provato in giudizio che si tratta di «ristrutturazioni che hanno determinato modifiche prospettiche e aumenti di volumi e superfici utili», a norma del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 10, comma 1, lett. c), occorre il permesso di costruire. Il principio di diritto, più volte affermato dalla Cassazione, è quello in base al quale sono realizzabili con denuncia di inizio attività gli interventi di ristrutturazio-

ne edilizia di portata minore, ovvero che comportano una semplice modifica dell'ordine in cui sono disposte le diverse parti dell'immobile, e con conservazione della consistenza urbanistica iniziale, classificabili diversamente dagli interventi di ristrutturazione edilizia descritti dall'art. 10, comma 1 lett. c), d.P.R. n. 380 del 2001, che portano ad un organismo in tutto o in parte diverso dal precedente con aumento delle unità immobiliari, o modifiche del volume, sagoma, prospetti o superfici, e per i quali è necessario il preventivo permesso di costruire (così: Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2012, n. 30479; Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 2007, n. 1893, in ced. Cass., n. 235871).

La stessa ordinanza in esame appare chiara al riguardo. Infatti, i giudici del Riesame affermano che «le opere interne e gli interventi di ristrutturazione edilizia, come pure quelli di manutenzione straordinaria, di restauro e di risanamento conservativo, necessitano di permesso a costruire, ogni qual volta comportino mutamento di destinazione d'uso tra categorie d'interventi funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico e, qualora debbano essere realizzati nei centri storici, anche nel caso in cui comportino mutamento di destinazione d'uso all'interno di una categoria omogenea. Gli stessi, qualora debbano essere realizzati fuori dai centri storici e comportino mutamento della destinazione d'uso all'interno di una categoria omogenea, richiedono invece soltanto la semplice denuncia di attività (DIA) (Cass. pen., sez. III, 12 luglio 2002, n. 35177; conf., Cass. pen. n. 9894/2009)».

La Corte di legittimità ha, infatti, in più occasioni sottolineato come non rientrino tra gli interventi di manutenzione straordinaria di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 3, comma 1, lett. b, le opere edilizie che, comportando modifiche della destinazione d'uso, richiedono il preventivo rilascio del permesso di costruire (cfr. tra tutte Cass. pen., sez. III, 19.01.2012, n. 12104, rv. 252341).

Dare una risposta al secondo interrogativo, invece, non è cosa semplice. Si consideri che sotto la vigenza della l. 28 febbraio 1985, n. 47 recante "Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie. Ecologia" (in Gazz.Uff. 2 marzo 1985, n. 53, suppl. ord.), era pacifico che la trasformazione di una porzione di appartamento da destinazione non abitativa a destina-

zione abitativa, costituisse mutamento della destinazione d'uso dell'immobile, legittimando l'emissione di un provvedimento di sequestro preventivo (così, Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 1997, n. 4021, in ced Cass. n. 207277). Faceva eccezione il caso in cui i lavori, consistenti nella ristrutturazione con variazione della destinazione d'uso, fossero avvenuti senza modificazioni di superficie o di volume. In tal caso, infatti, si escludeva la necessità della concessione edilizia, ritenendosi sufficiente l'autorizzazione del sindaco, di talché, per effetto del comma 2 dell'art. 10 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, la mancata richiesta di autorizzazione non comportava l'applicazione del successivo art. 20, cioè di sanzioni penali, ma soltanto di una sanzione pecuniaria amministrativa (così, Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 1987, n. 12660, in ced Cass. n. 177236).

Attualmente, la disciplina giuridica in materia di trasformazione di opere edili, viene di regola inquadrata giuridicamente, secondo la giurisprudenza maggioritaria, nell'art. 3 del citato Testo Unico dell'edilizia. La trasformazione delle superfici non abitabili in superfici residenziali è quasi sempre stata ricondotta dalla Suprema Corte, in ciò assistita anche dalla giurisprudenza amministrativa, nella previsione della fattispecie penale di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

Tuttavia, sulla qualificazione penale delle condotte in argomento, la giurisprudenza appare divisa.

Secondo l'orientamento maggioritario, infatti, non muta nella sostanza l'impostazione giuridica seguita dalla giurisprudenza – testé riportata – creatasi sotto la vigenza della l. 28 febbraio 1985, n. 47. La disciplina del Testo unico dell'edilizia definisce, all'art. 3, comma 1, lett. d), gli interventi di “ristrutturazione edilizia” come «... gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti». Ne deriva che il mutamento di destinazione di uso di un immobile attuato attraverso la realizzazione di opere edilizie, se realizzato dopo l'ultimazione del fabbricato e durante la sua esistenza, si configura certamente come una ristrutturazione edilizia (secondo la definizione *supra* richiamata), in quanto l'esecuzione di lavori, anche se di entità modesta, crea comunque «un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente». Ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. c), del medesimo d.P.R. n. 380/2001, questi interventi sono assoggettati – come sopra chiarito – al rilascio del permesso di costruire, con pagamento del contributo di costruzione dovuto per la diversa destinazione, qualora portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, ovvero comportino aumento

di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A (in linea di massima, i centri storici), comportino mutamenti della destinazione d'uso. Si noti, peraltro, che secondo la giurisprudenza più recente, la modifica di destinazione d'uso è integrata anche dalla realizzazione di sole opere interne (si veda, a riguardo, Cass. pen., sez. III, 16 luglio 2010, n. 27713, in ced Cass. n. 247919, relativa ad una fattispecie di mutamento in abitazione del sottotetto mediante la predisposizione di impianti tecnologici sottotraccia). Inoltre, le cosiddette “opere interne” non sono più previste nel d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, come categoria autonoma di intervento edilizio sugli edifici esistenti, e rientrano negli interventi di ristrutturazione edilizia quando comportino aumento di unità immobiliari o modifiche dei volumi, dei prospetti e delle superfici ovvero mutamento di destinazione d'uso (si confronti, a riguardo, Cass. pen., sez. III, 24 novembre 2011, n. 47438, fattispecie relativa alla realizzazione di un soppalco all'interno di un'unità immobiliare nella quale la Corte ha affermato che per la sua esecuzione è necessario il permesso di costruire o, in alternativa, la denuncia di inizio attività). Tali interventi possono essere realizzati, secondo l'art. 22, comma 3, del Testo unico, anche mediante denuncia di inizio attività, alternativa al permesso di costruire. Integra, dunque, il reato di esecuzione dei lavori in totale difformità dal permesso di costruire (art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) la realizzazione di opere non rientranti tra quelle autorizzate, per le diverse caratteristiche tipologiche e di utilizzazione, aventi una loro autonomia e novità, sia sul piano costruttivo che su quello della valutazione economico sociale (così, Cass. pen., sez. III, 24 marzo 2011, n. 11956, in ced Cass. n. 249774). L'accertamento del mutamento di destinazione d'uso per difformità totale rispetto al titolo abilitativo dev'essere, peraltro, effettuato, nel caso di lavori in corso d'opera, sulla base dell'individuazione di elementi univocamente significativi, propri del diverso uso cui l'opera è destinata e non coerenti con l'originaria destinazione della medesima (così, Cass. pen., sez. III, 9 marzo 2011, n. 9282, in ced Cass. n. 249756).

Secondo la Corte di Cassazione, dunque, la corretta interpretazione del combinato disposto delle norme sopra illustrate è nel senso di ritenere consentiti in base alla semplice denuncia di inizio attività solo quei mutamenti che portino ad una destinazione diversa ma compatibile, concetto preso in considerazione anche dalla lett. c) dell'art. 3, comma 1 del Testo Unico dell'edilizia. Questo in base al fondamentale principio che la destinazione di un immobile non s'identifica con l'uso che in concreto ne fa il soggetto che lo utilizza, ma con quella impressa dal titolo abilitativo assentito (ovviamente quando tale titolo sussista e sia deter-

minato sul punto). Ciò significa che il concetto di uso urbanisticamente rilevante è ancorato alla tipologia strutturale dell'immobile, quale individuata nell'atto di concessione, senza che esso possa essere influenzato da utilizzazioni difformi rispetto al contenuto degli atti autorizzatori e/o pianificatori.

Ovviamente, di fronte ad un mutamento di destinazione d'uso di un immobile, non è dato presumere la buona fede dell'acquirente se quest'ultimo non si è attivato concretamente presso gli uffici pubblici nel richiedere tutte le necessarie informazioni sulla sussistenza del titolo e sulla compatibilità dell'immobile con gli strumenti urbanistici (così, Cass. pen., sez. III, 21 dicembre 2009, n. 48925, in ced Cass. n. 245917). Parimenti, sotto il profilo processuale, appare pacifico che la semplice richiesta di permesso di costruire in sanatoria non esclude il pericolo che l'immobile abusivamente realizzato possa in qualche modo aggravare o protrarre le conseguenze dell'illecito ovvero agevolare la commissione di altri (così, Cass. pen., sez. III, 3 novembre 2011, n. 39731, in ced Cass. n. 251304).

Secondo altro orientamento, minoritario, la trasformazione di una porzione di appartamento da destinazione non abitativa a destinazione abitativa integra la fattispecie della lottizzazione abusiva *ex art. 44, comma 1, lett. C)*, d.P.R. n. 380 del 2001.

Si tratta di Cass. pen., sez. III, 13 marzo 2008, n. 11259, la quale ritiene configurabile la fattispecie della lottizzazione abusiva quale conseguenza dello stravolgimento del permesso di costruire a nulla rilevando che l'intervento sia stato eseguito in zona già urbanizzata.

Nella citata decisione la Corte di legittimità sostiene, infatti, che anche se l'area interessata dalle costruzioni abusive era già urbanizzata ben poteva trovare applicazione quella giurisprudenza della stessa Corte secondo cui il reato in questione sussiste non soltanto nelle ipotesi estreme di zone assolutamente inedificate, ma anche in quelle, intermedie, di zone parzialmente urbanizzate, nelle quali si configuri un'esigenza di raccordo col preesistente aggregato abitativo e di potenziamento delle opere di urbanizzazione, così che per escluderlo deve sussistere una situazione di pressoché completa e razionale edificazione della zona tale da rendere del tutto superfluo un piano attuativo (così, Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472, in ced Cass. n. 241097; Cons. Stato, sez. V, 15.02.2001, n. 790). Per la Corte, in altri termini, è configurabile il reato di lottizzazione abusiva quando la trasformazione edilizia o urbanistica dei terreni sia realizzata con difformità tipologiche, volumetriche, strutturali e di destinazione tanto rilevanti e diffuse su tutta l'area, rispetto al progetto approvato dall'autorità amministrativa, da far ritenere l'opera non più riferibile a quella pianificata e, quindi, senza autorizzazione (così, Cass. pen., sez. III, 9 maggio 2011, n. 17834, in ced Cass. n. 250138). Secondo tale orientamento, non appare

dubbio, infatti, che anche nelle aree già urbanizzate la costruzione di nuovi edifici destinati ad uso residenziale o ad esso equiparabile è destinata ad incidere sul carico che devono sopportare le infrastrutture già esistenti o comportare la necessità del loro adeguamento. Pertanto, ai fini della configurabilità del reato di lottizzazione abusiva a nulla rileva il fatto che le opere che comportano la trasformazione urbanistica o edilizia del territorio, nei sensi indicati dalla norma, vengano realizzate in aree già urbanizzate e che non sia richiesto uno strumento attuativo della lottizzazione, essendo sufficiente che la stessa sia stata realizzata in assenza della necessaria autorizzazione.

Più di recente, anche Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 2011, n. 6892, pare seguire questo filone. La Corte ha, infatti, considerato corretta la contestazione della lottizzazione abusiva materiale, in coerenza con quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. pen., sez. III, 15 febbraio 2007, n. 6396, in ced Cass. n. 236075), che ha ricondotto al concetto giuridico della lottizzazione abusiva anche la esecuzione dei lavori che determinano un mero mutamento della destinazione d'uso di edifici, già esistenti, da cui derivi la necessità di nuovi interventi di urbanizzazione. Invero, la decisione in questione, è relativa ad ipotesi di modifica di destinazione d'uso di residenze turistico alberghiere in cui le singole unità perdono la originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale. Proprio con riferimento a tale fattispecie, la Corte ha consolidato i seguenti principi:

- può configurare il reato di lottizzazione abusiva la modifica di destinazione d'uso di un complesso alberghiero, realizzata attraverso la vendita di singole unità immobiliari a privati, allorché (indipendentemente dal regime proprietario della struttura) non sussiste una organizzazione imprenditoriale preposta alla gestione dei servizi comuni ed alla concessione in locazione dei singoli appartamenti compravenduti secondo le regole comuni del contratto di albergo, atteso che in tale ipotesi le singole unità perdono la loro originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale; - irrilevante è la titolarità della proprietà della struttura immobiliare, che indifferentemente può appartenere ad un solo soggetto proprietario oppure ad una pluralità di soggetti. Ciò che rileva, invece, è la configurazione della struttura medesima (anche se appartenente a più proprietari) come albergo ed una configurazione siffatta deve essere caratterizzata dalla "concessione in locazione delle unità immobiliari ad una generalità indistinta ed indifferenziata di soggetti e per periodi di tempo predefiniti". Se manca questa destinazione dei locali ad un pubblico generalizzato, ma si destinano parte dei locali costruiti esclusivamente all'utilizzazione dei soggetti proprietari, non si ha più utilizzazione alberghiera, bensì abitativa;

- si ha lottizzazione abusiva allorquando il frazionamento anzidetto si ponga in contrasto con specifiche previsioni dello strumento urbanistico generale, come ad esempio nel caso in cui detto strumento, nella zona in cui è stato costruito l'albergo, non preveda utilizzabilità diversa da quella turistico-alberghiera;
- il reato di lottizzazione abusiva mediante modifica della destinazione d'uso da alberghiera a residenziale è configurabile anche nell'ipotesi in cui lo strumento urbanistico consenta l'utilizzo della zona ai fini residenziali: sia quando il complesso alberghiero sia stato edificato alla stregua di previsioni urbanistico-edilizio derogatorie non estensibili ad immobili residenziali; sia allorquando la destinazione d'uso residenziale comporti la necessità di incrementare gli *standards* richiesti per l'edificazione alberghiera e tali *standards* aggiuntivi non risultino reperibili ovvero reperiti in concreto.

Di diverso orientamento, invece, Cass. pen., sez. III, decreto 08 novembre 2012, n. 45732. La vicenda processuale da cui prende adito tale pronuncia vedeva indagate numerose persone cui era stata addebitata la violazione dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380/2001 (*sub specie* di lottizzazione abusiva mista, negoziale e materiale), a seguito dell'accertamento che cinque vani sottotetto, facenti parte del medesimo fabbricato, destinati a ripostiglio a servizio dell'appartamento sottostante, della superficie variabile tra 24 e 39 mq ciascuno, erano stati trasformati in immobili ad uso abitativo autonomo, mediante la eliminazione del collegamento con l'appartamento sottostante, la realizzazione di un ingresso dal vano scale condominiale e la dotazione di servizi, con successivo frazionamento ed alienazione a terzi.

Il dato interessante è costituito dall'affermazione contenuta in sentenza secondo cui, al fine della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, è necessario che «la trasformazione urbanistica od edilizia del territorio, peraltro, deve risultare di consistenza tale da incidere in modo rilevante sull'assetto urbanistico della zona, sia nel senso d'intervento innovativo sul tessuto urbanistico, che sotto il profilo della necessità dell'esecuzione di nuove opere d'urbanizzazione o di potenziamento di quelle già esistenti».

Seguendo tale condivisibile *iter* argomentativo, dunque, il reato di lottizzazione abusiva deve escludersi con riferimento a zone completamente urbanizzate, mentre è configurabile con riferimento a zone parzialmente urbanizzate, in cui sussista un'esigenza di raccordo con il preesistente aggregato abitativo e di potenziamento delle opere di urbanizzazione.

Da ciò deriva che il conferimento di destinazione d'uso a un locale, originariamente con destinazione non abitativa, sicuramente comporta il mutamento degli *standards* urbanistici e l'aumento del carico urbanistico, con correlativa necessità del preventivo rilascio

del titolo abilitativo. Ma, proprio per tale ragione, la tipologia d'intervento in esame, mal si concilia con la nozione di lottizzazione abusiva, *sub specie* materiale, che per legge si ha «quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione». Tuttavia, in tale nozione può rientrare il mutamento di destinazione d'uso di edifici già esistenti in contrasto con gli strumenti urbanistici, purché siano però necessari nuovi interventi di urbanizzazione.

Conclusivamente, non ogni mutamento di destinazione d'uso di un locale originariamente non abitabile in locale abitabile comporta una lottizzazione abusiva, ma solo quell'intervento edilizio che comporta un aumento concreto del carico urbanistico rendendo, così, necessari nuovi interventi di urbanizzazione.

Per i reati edilizi, se è sempre ammissibile il sequestro di un immobile costruito abusivamente la cui edificazione sia ultimata, resta fermo l'obbligo di motivazione del giudice circa le conseguenze antigiusdiche, ed ulteriori rispetto alla consumazione del reato, derivanti dall'uso dell'edificio realizzato abusivamente, che la misura cautelare intende inibire.

La semplice abitazione dei locali abusivi non comporta, infatti, l'accrescersi del carico urbanistico. Tale circostanza, in altri termini, nulla argomenta in ordine all'incidenza che avrebbe l'abitazione dei locali abusivi sull'equilibrio urbanistico e sull'ordinato assetto e sviluppo del territorio (in tal senso, Cass. pen., sez. II, 5 maggio 2010, n. 17170, in ced Cass. n. 246854).

Sotto questo profilo, l'ordinanza in esame merita condivisione in quanto gli interventi realizzati (cucina e wc) hanno certamente inciso negativamente sul carico urbanistico. Infatti, la nuova destinazione d'uso impressa all'immobile non pare compatibile con la categoria consentita dalla strumentazione urbanistica per le singole zone territoriali omogenee di cui all'art. 21, lett. a) del d.P.G.R. 11 giugno 2004, n. 323. Dunque, pur non essendosi realizzato un "passaggio" tra macrocategorie – dal momento che tanto la vecchia destinazione d'uso ("servizio collettivo per le abitazioni") quanto la nuova ("abitazione ordinaria") rientrano comunque nella lett. a) delle citate norme di attuazione del P.R.G. del Comune di Napoli «venendo in rilievo un'ipotesi di ristrutturazione edilizia con realizzazione di una nuova unità abitativa, sarebbe comunque stato necessario il rilascio di permesso a costruire». Tanto basta ad integrare il reato di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

Diritto amministrativo

Nell'ambito del pubblico impiego, è applicabile l'istituto della sospensione cautelare (contemplato dall'art. 5 del CCNL del personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie locali) nei confronti di un dipendente pubblico condannato in primo grado per il reato di abuso d'ufficio (di cui all'art. 323, comma 2, c.p.) con sentenza penale non definitiva? Il sindacato sulla legittimità di tale provvedimento rientra nella giurisdizione ordinaria ovvero in quella amministrativa?

L'immagine di macchina amministrativa meno pachidermica nell'organizzazione e maggiormente efficiente sul piano operativo è stata, da sempre, teatro di scontri fra esigenze diametralmente opposte. In particolare, la necessità di riforme del pubblico impiego idonee a perseguire l'obiettivo della responsabilizzazione dei dipendenti pubblici è una tematica centrale nell'attuale dibattito politico.

Tale obiettivo – inteso non tanto nel senso della previsione di responsabilità di vario titolo in capo al dipendente pubblico, ma della predisposizione di svariati strumenti amministrativi – sembra perseguibile da un lato valorizzando il potere disciplinare, dall'altro semplificando le procedure volte a far valere le diverse forme di responsabilità incombenti sui dipendenti della P.A.: responsabilità civile, quando arrechino danni a terzi, intranei e/o estranei all'Amministrazione o alla stessa Amministrazione; responsabilità penale, quando pongano in essere comportamenti qualificati dalla legge come reati; responsabilità amministrativo-contabile, quando arrechino un danno erariale all'Amministrazione di appartenenza o ad altra Amministrazione; responsabilità disciplinare, quando violino obblighi previsti dalla contrattazione collettiva, dalla legge o dal codice di comportamento e dirigenziale, per il solo personale dirigenziale che non raggiunga i risultati posti dal vertice politico, ovvero si discosti dalle direttive dell'organo politico (tra i più significativi contributi monografici sulla materia disciplinare “privatizzata”, si veda: TENORE, *Gli illeciti disciplinari dei pubblici dipendenti (nella giurisprudenza del g.o. e nei referti della Corte dei conti)*, Roma, 2007; NOVIELLO-TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002; DI PAOLA, *Il pote-*

re disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato, Milano, 2006).

Nell'ottica di una responsabilizzazione intesa nel senso di cui sopra, si pone lo strumento della sospensione cautelare, che consente di sospendere il rapporto di servizio in conseguenza di determinati presupposti di fatto e diritto che impediscono il regolare svolgimento delle funzioni e del servizio, ciò in completa autonomia rispetto ai procedimenti disciplinari e penali in corso.

Delineata sommariamente la tematica sottesa alla *quaestio* in esame – che trae spunto dal recente caso che ha interessato un dipendente pubblico – se ne rappresenta, a meri fini esplicativi, la vicenda fattuale.

Dall'esito della ricognizione – posta in essere dagli uffici tecnici comunali – in merito alle posizioni dei dipendenti pubblici gravati da procedimento penale, emergeva che il dipendente in questione era stato condannato in primo grado “alla pena di anni uno di reclusione con l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per la durata della pena, per il reato di cui all'art. 323, comma 2, c.p., pena sospesa a termini e condizioni di legge...”, ovvero per il reato di abuso d'ufficio.

Pertanto, nella specie, la Commissione straordinaria del Comune (sciolto per infiltrazioni mafiose) applicava al dipendente di cui sopra l'istituto della sospensione cautelare facoltativa dal servizio previsto dall'art. 5, comma 2, del CCNL 11 aprile 2008, relativo al personale Dirigente del comparto non Regioni ed Autonomie locali.

Avverso tale provvedimento il dipendente pubblico proponeva ricorso ai sensi dell'art. 414 c.p.c. davanti al Giudice del Lavoro con istanza cautelare al fine di ottenere il reintegro nel posto di lavoro, previa disapplicazione e/o annullamento, e/o revoca, e/o inibitoria dell'efficacia della deliberazione con cui la Commissione aveva disposto la misura cautelare nei confronti del medesimo, prospettando una serie di vizi, tra cui:

- a) la nullità della contestazione dell'illecito disciplinare per la mancata previa affissione, da parte del Comune, del codice disciplinare, e per la mancata comunicazione al medesimo dell'esito del procedimento disciplinare;
- b) la nullità del provvedimento di sospensione cautelare per mancato rispetto dell'art. 22 del rego-

lamento comunale e dell'art. 55-ter del d.lgs. n. 155/2001 (riguardanti i rapporti tra il procedimento disciplinare e quello penale) e per la mancata comunicazione della eventuale sospensione del procedimento disciplinare;

- c) la decadenza dell'Amministrazione dall'esercizio dell'azione disciplinare per tardività della contestazione;
- d) la nullità del provvedimento di sospensione cautelare in quanto adottato da un organo in tal senso incompetente, per la mancanza di attualità delle esigenze cautelari, per la violazione della l. n. 241/1990, per la genericità della contestazione, per la mancanza dei requisiti di proporzionalità ed adeguatezza.

Il Comune resistente, nel costituirsi, eccepiva preliminarmente il difetto di giurisdizione del Giudice del Lavoro adito e concludeva per il rigetto del ricorso e dell'istanza di sospensione.

Invero l'ordinanza del 12 novembre 2014 del Tribunale ordinario di Nocera Inferiore, nella persona del Giudice del Lavoro dott.ssa Raffaella Caporale:

1. in via preliminare evidenziava la sussistenza del difetto di giurisdizione, affermando che "la sospensione cautelare – in quanto atto soggettivamente amministrativo – attiene comunque alla gestione del rapporto di lavoro e pertanto, in seguito alla cd. contrattualizzazione del pubblico impiego, importa la giurisdizione del G.O. (cfr. Cass. civ. n. 16603/2005)";
2. nel merito, poi, disattendeva la domanda cautelare proposta non ravvisando, nella specie, l'elemento del *fumus boni iuris*. In particolare, il Tribunale adito riteneva infondate le contestazioni relative tanto ai vizi formali del procedimento disciplinare, quanto all'asserita incompetenza della Commissione straordinaria: non riteneva sussistenti, infatti, né l'asserito obbligo da parte del Comune di affiggere previamente il codice di comportamento, né la tardività dell'azione disciplinare intentata nei confronti del dipendente pubblico, né tantomeno l'asserita consumazione del potere disciplinare della P.A.

Pertanto, ritenendo il provvedimento cautelare "sufficientemente motivato – in quanto la commissione straordinaria (...) con la citata deliberazione ha evidenziato il legame tra la condanna penale inflitta al dipendente a fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro, la gravità dei fatti contestati e la potenzialità lesiva della permanenza in servizio del dipendente", e ritenendo altresì che "la sospensione in via cautelare dal servizio – disposta ai sensi dell'art. 5, comma 2, CCNL 11 aprile 2008 – appare adottata in conformità con quanto previsto dalla legge considerato che il ricorrente è stato condannato (...) per fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro o comunque tali da comportare la sanzione disciplinare del licenziamento", l'Autorità giudicante rigettava il ricorso.

Avverso tale ordinanza, successivamente, il dipendente pubblico proponeva reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c. al fine di ottenerne l'annullamento.

Il Tribunale di Nocera Inferiore, sez. II, in composizione collegiale, con ordinanza del 13.12.2013, disattendendo in *toto* i motivi di censura prospettati dal dipendente pubblico, rigettava il reclamo e, per l'effetto, confermava l'ordinanza del Giudice del lavoro.

Tanto brevemente premesso, un attimo prima di soffermarsi sulla possibilità o meno, nel caso di specie, di disporre nei confronti del dipendente pubblico la misura della sospensione facoltativa cautelare dal servizio – ovvero di valutare la correttezza dell'operato della Commissione straordinaria, correttezza pure confermata dall'ordinanza di cui sopra – occorre inquadrare brevemente l'istituto in esame (che, allo stato, non appare esaurientemente disciplinato né dalla legislazione, né dalle fonti collettive).

Il CCNL del personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie locali per il quadriennio normativo 2006/2009 – che qui interessa, trattandosi di un dipendente comunale – ha ad oggetto, al Titolo II, capo I, le disposizioni disciplinari. In particolare, all'art. 3, elenca – in conformità a quanto previsto dall'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 e ss.mm.ii. – il tipo e l'entità di ciascuna sanzione disciplinare; all'art. 4, sulla scia della legge n. 97 del 2001 (Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, in Gazz. Uff. n. 80 del 05.04.2001), disciplina il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale; all'art. 5 disciplina la misura, obbligatoria e facoltativa a seconda dei casi, della sospensione cautelare del dipendente in caso di procedimento penale.

Quest'ultima norma, dunque, prevede la sospensione cautelare del dipendente pubblico (misura che, come si dirà *infra*, non rientra nella categoria delle sanzioni disciplinari; in tal senso si veda: Corte Costituzionale n. 206 del 1999) disponendo: "Il dipendente che sia colpito da misura restrittiva della libertà personale è sospeso d'ufficio dal servizio con privazione della retribuzione per la durata dello stato di detenzione o comunque dello stato restrittivo della libertà. Il dipendente può essere sospeso dal servizio con privazione della retribuzione anche nel caso in cui venga sottoposto a procedimento penale che non comporti la restrizione della libertà personale quando sia stato rinviato a giudizio per fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro o comunque tali da comportare, se accertati, l'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento ai sensi dell'art. 3 (codice disciplinare) commi 7 e 8 (licenziamento con e senza preavviso)".

Giova osservare, preliminarmente, che l'istituto *de quo* non rientra nel sistema delle sanzioni disciplinari, caratterizzandosi, piuttosto, per la sua "strumentalità" rispetto al procedimento penale ed allo stesso pro-

cedimento disciplinare, e dunque per la sua funzione cautelare. Al riguardo, la Corte Costituzionale ha confermato che le finalità della sospensione sono del tutto diverse da quelle delle sanzioni disciplinari, stante la collocazione dell'istituto in una fase antecedente rispetto al definitivo accertamento della responsabilità disciplinare e penale (cfr. sentenza della Consulta n. 206/1999).

Data la scarsa esaustività della legislazione e delle fonti collettive, in astratto risultano prospettabili due tesi sulla natura giuridica dell'atto sospensivo: quest'ultimo potrebbe essere qualificato come atto di carattere organizzativo, finalizzato a definire le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; ovvero come determinazione gestionale-privatistica, finalizzata alla gestione dei rapporti di lavoro con i poteri del privato datore di lavoro.

La dottrina dominante (L.VIOLA, *La sospensione cautelare dal servizio dopo la privatizzazione del pubblico impiego*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1996, II, 155), seguita dalla giurisprudenza, qualifica il provvedimento sospensivo come atto avente natura privatistica, con funzione di autotutela da parte della Pubblica Amministrazione, ancorché il soggetto dal quale promana tale atto sia un soggetto pubblico (cfr. *Trib. Roma*, 2 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1366). L'autotutela in questione non va però intesa in un'accezione amministrativistica, ma in un'accezione privatistica: non si tratta, pertanto, di un atto di ritiro (come ad esempio la revoca disciplinata ex art. 21-*quinquies* l. 241/90), non incidendo su un atto amministrativo ma sull'esecuzione del contratto, come reazione all'inadempimento della controparte. In altre parole, la funzione gestionale (privatistica) prevale su quella provvedimentale (pubblicistica).

La potestà, riconosciuta alla Pubblica Amministrazione, di disporre la sospensione cautelare del pubblico dipendente (facoltà che in taluni casi si configura come potere-dovere) è, in base a tale dottrina, riconducibile al più generale potere direttivo riconosciuto al datore di lavoro, sia esso pubblico o privato.

Ciò ha risvolti pratici di non poco momento. *In primis*, con riguardo all'individuazione dell'organo competente all'adozione del provvedimento, è possibile osservare che in considerazione della natura di atto privato, è da ritenersi che sia lo stesso organo competente alla predisposizione degli atti di gestione del personale ad essere munito di competenza in ordine alla adozione del provvedimento di sospensione. Inoltre, l'impossibilità di qualificare la sospensione cautelare quale sanzione disciplinare conduce all'inapplicabilità dei principi che governano quest'ultima ed il relativo procedimento. In particolare non può ritenersi onere della Pubblica Amministrazione instaurare un contraddittorio con il dipendente, né deve ritenersi applicabile l'obbligo dell'affissione del codice disciplinare.

Quanto, poi, ai presupposti di operatività dell'istituto in questione, giova osservare che per il Consiglio di Stato all'Amministrazione "spetta verificare, non certo la probabile addebitabilità del fatto al dipendente, bensì soltanto la particolare gravità dello stesso, e, pertanto, la potenzialità lesiva che la permanenza nell'ufficio dell'impiegato presenta in termini di credibilità dello stesso apparato amministrativo presso il pubblico" (cfr. *Cons. Stato*, sez. VI, n. 7993/1999).

L'Amministrazione è chiamata, dunque, a verificare la sussistenza o meno del *periculum in mora* derivante dalla permanenza nell'ufficio dell'impiegato sottoposto a procedimento penale per fattispecie particolarmente grave e non anche ad effettuare una penetrante prognosi di probabile colpevolezza dello stesso, cui è invece subordinata l'applicazione delle misure cautelari demandate al giudice penale (art. 273 c.p.p.).

Quanto al carattere della sospensione cautelare, qualora si tratti – come nella specie – di sospensione facoltativa e dunque applicabile al dipendente comunale a seguito di una valutazione di merito condotta dall'Amministrazione procedente, la misura *de qua* comporta un potere discrezionale in ordine alla valutazione della gravità dei fatti contestati al pubblico dipendente, e ciò ha ricadute immediate sul piano della motivazione del provvedimento.

A tal proposito la giurisprudenza ha chiarito che non è sufficiente un mero richiamo alla delicatezza delle funzioni assegnate al pubblico dipendente, ma è necessario che nella motivazione del provvedimento sospensivo siano esplicitate le ragioni che in rapporto alla concreta gravità dei reati contestati comportano l'incompatibilità con la prosecuzione del rapporto di servizio (in tal senso: *Cons. Stato*, sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2326).

Secondo quanto autorevolmente sostenuto dal Consiglio di Stato, "la funzione dell'istituto è quella di allontanare il dipendente dal servizio al fine di evitare un pregiudizio per il buon andamento e per il prestigio dell'Amministrazione, sicché pur non estinguendosi il rapporto di pubblico impiego, esso rimane in vita in forma quiescente; in considerazione del suo carattere facoltativo, la decisione di non applicare la sospensione cautelare dal servizio nei confronti di pubblici dipendenti sottoposti a procedimento penale per un reato particolarmente grave, deve avvenire, ai sensi dell'art. 2 l. 7 agosto 1990 n. 241, con provvedimento espresso e motivato non essendo conforme ai principi di trasparenza la mancata adozione di qualsiasi formale decisione sul punto e il mantenimento di fatto in servizio dell'impiegato." (*Cons. Stato*, sez. V, n. 5774/2012).

Ne deriva che, trattandosi di una sospensione facoltativa e non obbligatoria, spetta all'Amministrazione procedente la valutazione in merito all'opportunità di irrogare tale sanzione "di natura preventiva" tenendo conto delle ragioni che in rapporto alla concreta

gravità dei reati contestati comportano l'incompatibilità con la prosecuzione del rapporto di servizio. Tale valutazione non può che avvenire ai sensi del principio racchiuso nell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo che sancisce il dovere generale di motivazione degli atti amministrativi.

Da ultimo, occorre sottolineare che il requisito della "gravità" del reato cui fa riferimento la giurisprudenza appare coincidere con la "gravità" prevista dall'art. 3, comma 8, lettera c), punto 2 del sopracitato CCNL, laddove è prevista l'irrogazione della sanzione del licenziamento senza preavviso del dipendente comunale nell'ipotesi di una condanna passata in giudicato per gravi delitti commessi in servizio.

Tanto premesso, tornando al caso in oggetto, e guardando in particolare all'operato della Commissione straordinaria che è addivenuta al provvedimento di sospensione cautelare nei confronti del dipendente pubblico condannato per il reato di abuso d'ufficio da una sentenza non definitiva, appare interessante ripercorrere l'*iter* logico posto in essere dall'Amministrazione pubblica.

In primis, sotto il profilo disciplinare, va preso in considerazione innanzitutto il TUEL (d.lgs. n. 267/2000) e in particolare l'art. 94 ("Responsabilità disciplinare") che prevede la "immediata sospensione" del dipendente comunale nel caso in cui ricorrano alcune specifiche condizioni indicate negli artt. 58 e 59 del medesimo testo unico; tali ultimi richiami, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del d.lgs. 235/2012, sono ora da intendersi riferiti all'art. 10 del d.lgs. n. 235/2012 che fa riferimento ad ipotesi di condanna per determinati reati, tra i quali ricorre anche quello di cui all'art. 323 c.p. che appare interessare il dipendente in questione.

Tuttavia, poiché tale disciplina, ai fini della applicazione della sanzione disciplinare, richiede che la condanna per tale reato sia definitiva, ne consegue la non applicabilità della medesima disciplina al caso di specie, non essendo la sentenza penale in oggetto ancora passata in giudicato.

Tenendo conto dunque della non definitività di tale sentenza, occorre poi analizzare la disciplina di cui all'art. 4 della legge n. 97 del 2001, che regola il "rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche", statuendo che: "1. Nel caso di condanna anche non definitiva, ancorché sia concessa la sospensione condizionale della pena, per alcuno dei delitti previsti dall'articolo 3, comma 1, i dipendenti indicati nello stesso articolo sono sospesi dal servizio. 2. La sospensione perde efficacia se per il fatto è successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva e, in ogni caso, decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato." I reati contemplati dall'art. 3, cui rinvia l'art. 4 citato, sono quelli "previsti dagli articoli 314, comma

1, 317, 318, 319, 319-ter e 320 del codice penale e dall'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383".

Dal combinato disposto dei due articoli si evince che il reato ascritto al dipendente comunale *de quo* – ovvero l'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., comma 2 – non rientra tra quelli contemplati dalla disciplina appena esaminata, con la conseguente inapplicabilità della medesima al caso in esame.

Se dunque non appare possibile applicare in via analogica al caso di specie tale disposizione di legge, considerato il *numerus clausus* dei reati ivi contemplati, va osservato che un analogo trattamento è previsto dalla contrattazione collettiva nazionale per la fattispecie occorsa al dipendente in questione.

È infatti il Codice di comportamento dei dipendenti delle PPA. (d.P.R. n. 62 del 2013) che, nel prevedere all'art. 16 la responsabilità disciplinare dei dipendenti conseguente alla violazione dei doveri del codice di cui all'art. 4, rimanda proprio ai contratti collettivi stabilendo che: "Restano fermi gli ulteriori obblighi e le conseguenti ipotesi di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti previsti da norme di legge, di regolamento, o dai contratti collettivi".

Come visto poco sopra, è l'art. 5 del CCNL del personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie locali per il quadriennio normativo 2006/2009 a disciplinare la misura, obbligatoria e facoltativa a seconda dei casi, della sospensione cautelare del dipendente in caso di procedimento penale.

È palese, pertanto, che non essendo sussumibile nelle altre disposizioni sopra brevemente vagliate, il caso di specie non poteva che essere fatto rientrare nella disciplina dettata da quest'ultima norma. Pertanto, è chiaro che la misura della sospensione facoltativa dal servizio con privazione della retribuzione per la durata della pena – contemplata dall'art. 5, comma 2, del CCNL del personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie locali per il quadriennio normativo 2006/2009 – era pienamente applicabile al caso di specie, restando per il medesimo esclusa la possibilità, almeno allo stato, di applicare una qualsivoglia sanzione disciplinare.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

L'AUSILIO DIRETTO ALLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE PREVISTO DAL "DECRETO DEL FARE": I TIROCINANTI IN FORMAZIONE	214
di Rosa Pezzullo	
 NUOVE NORME PER LA PREVENZIONE E ALLA REPRESSIONE DELLA TRATTA DI ESSERI UMANI E ALLA PROTEZIONE DELLE VITTIME. <i>Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24</i>	218
di Giuseppe Sassone	



L'ausilio diretto alla funzione giurisdizionale previsto dal "Decreto del fare": i tirocinanti in formazione

sommario

1. Introduzione. - 2. Reclutamento e selezione dei tirocinanti. - 3. Doveri ed obblighi del tirocinante.

1. Introduzione

Il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013 n. 98 (cd. Decreto del fare), recante "disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia", al titolo III dedicato alle "misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile", ha previsto un'ulteriore figura di "ausilio" all'attività giurisdizionale: il tirocinante in formazione. Specificamente il capo II, all'art. 73, prevede la possibilità per i laureati in giurisprudenza, all'esito di un corso di durata almeno quadriennale, in possesso dei requisiti di onorabilità, che abbiano riportato una media di almeno 27/30 in alcuni esami, ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110 e che non abbiano compiuto i trenta anni di età, di accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico-pratica della durata complessiva di diciotto mesi presso le Corti di appello, i Tribunali ordinari, gli Uffici e i Tribunali di sorveglianza e i Tribunali per i minorenni. Gli ammessi allo *stage* sono affidati a un magistrato ed assistono e coadiuvano il magistrato stesso nel compimento delle ordinarie attività.

La possibilità di svolgere il tirocinio presso gli uffici giudiziari non costituisce una novità assoluta introdotta dal Decreto del fare, essendo consentito anche da altre norme, antecedenti alle disposizioni di cui all'art. 73, l'espletamento di *stages* per i laureandi, o laureati in giurisprudenza. Tra tutte, va richiamata l'ipotesi contenuta nell'art. 37, commi 4 e 5, del d.l. n. 98/2011, convertito in l. n. 111/2011, che ben può dirsi anticipatoria del modello di tirocinio in esame.

Va subito detto, tuttavia, che a differenza delle precedenti previsioni, alle quali il disposto dell'art. 73 senz'altro si aggiunge, al nuovo modello di tirocinio previsto dal Decreto del fare, salvo alcune criticità applicative (vedi par. c. 5.), vanno riconosciuti indubbi meriti, tra i quali, quello di aver attribuito al tirocinante, attraverso un'articolata previsione normativa, un "ruolo", quello appunto di ausiliare/assistente del giudice, nella prospettiva della concreta valorizzazione

ne dell'esigenza da tempo avvertita che il giudice venga affiancato nelle sua attività da una vera e propria "struttura" di ausilio alle funzioni giurisdizionali (cd. ufficio del giudice/ufficio del processo). Altro merito è senz'altro quello di aver previsto per il tirocinante "benefici compensativi" per i tirocinanti a seguito del positivo espletamento dello *stage*, che, quantunque non si traducano in corrispettivi di natura economica-compensi¹, determinano l'acquisizione di titoli importanti in relazione all'attività professionale che il tirocinante intende intraprendere (cfr. l'acquisizione di titoli preferenziali all'esito del superamento di concorsi pubblici, per la nomina a Got, ecc.) e costituiscono un riconoscimento significativo per l'attività svolta.

Certo la previsione originaria contenuta nel comma 12 dell'art. 73, di accesso diretto al concorso per magistrato ordinario all'esito del positivo espletamento dello *stage*, previsione questa soppressa in sede di conversione del d.l.², costituiva miglior incentivo/"beneficio", in relazione al nuovo modello di tirocinio formativo previsto per i laureati in giurisprudenza più meritevoli (che si fonda, a differenza di altri modelli, su un filtro di accesso relativo al voto di laurea o alla votazione riportata agli esami più importanti e presenta determinate caratteristiche, tra cui la durata di diciotto mesi, l'assistenza al giudice, ruolo definito del tirocinante) e la sua soppressione appare davvero poco comprensibile. Si confida, tuttavia, nel fatto che la verifica sul campo dell'importanza del contributo che i tirocinanti in formazione apporteranno possa indurre il legislatore ad un serio ripensamento con la reintroduzione di tale opportunità. Infine, altro indubbio merito della nuova norma è quello di consentire l'ac-

¹ Cfr. comma 8 dell'art. 73 che così recita "Lo svolgimento dello *stage* non dà diritto ad alcun compenso e non determina il sorgere di alcun rapporto di lavoro subordinato o autonomo né di obblighi previdenziali e assicurativi".

² Il comma 12 dell'art. 73 del d.l. n. 69/2013 soppresso dall'articolo 1, comma 1, della legge 9 agosto 2013, n. 98, in sede di conversione così recitava [12. L'esito positivo dello *stage*, come attestato a norma del comma 11, costituisce titolo per l'accesso al concorso per magistrato ordinario, a norma dell'articolo 2 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160. Costituisce, altresì, titolo idoneo per l'accesso al concorso per magistrato ordinario lo svolgimento del tirocinio professionale per diciotto mesi presso l'Avvocatura dello Stato, sempre che sussistano i requisiti di merito di cui al comma 1 e che sia attestato l'esito positivo del tirocinio].

cesso diretto ai tirocini formativi da parte dei più meritevoli laureati in giurisprudenza, indipendentemente da convenzioni stipulate tra i capi degli uffici e le università o scuole di specializzazione, ovvero con gli ordini degli avvocati, rendendo così più agevole e immediatamente fruibile l'opportunità di espletare lo *stage*, ferma restando la valutazione discrezionale del capo dell'Ufficio di limitare l'accesso ai tirocini o addirittura non consentirli, in presenza di specifiche e concrete esigenze organizzative dell'Ufficio stesso³. La relazione illustrativa del d.d.l. di conversione del Decreto del fare ha evidenziato appunto come in una visione sistemica dell'intervento normativo in questione, deve essere considerato che la specifica misura dei giudici ausiliari, finalizzata al superamento dell'arretrato accumulato presso le Corti d'appello, si armonizza con la più generale regolazione degli stage destinati ai laureati in giurisprudenza presso gli uffici giudiziari di primo grado e d'appello, nonché con l'introduzione della figura del magistrato assistente di studio a supporto delle sezioni civili della Suprema Corte di Cassazione.

2. Reclutamento e selezione dei tirocinanti

Il tirocinio formativo di cui all'art. 73, come già accennato, consente ai laureati in giurisprudenza, in possesso determinati requisiti di meritevolezza (votazione riportata in taluni esami, esattamente elencati, non inferiore a 27/30, ovvero un voto di laurea non inferiore a 105/110) e che non abbiano compiuto i trenta anni di età, di accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico-pratica presso gli uffici giudiziari di merito, indicati nelle Corti di appello, nei tribunali ordinari, negli uffici e i tribunali di sorveglianza e nei tribunali per i minorenni, della durata complessiva di diciotto mesi⁴.

³ Ad avviso di chi scrive occorre precisare che l'accesso al tirocinio presso gli uffici giudiziari non è illimitato, ovvero "obbligato" per l'ufficio ospitante, ma deve necessariamente coniugarsi con le esigenze organizzative valutate dal capo dell'ufficio, il quale, titolare del potere, secondo la previsione del comma 9, di interrompere in ogni momento lo stage per sopravvenute ragioni organizzative, ben può negare l'accesso al tirocinio formativo, quando già esistono tali ragioni al momento della domanda di ammissione.

⁴ Il primo comma dell'art. 73 così recita: "I laureati in giurisprudenza all'esito di un corso di durata almeno quadriennale, in possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'articolo 42-ter, secondo comma, lettera g), del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, che abbiano riportato una media di almeno 27/30 negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo, ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110 e che non abbiano compiuto i trenta anni di età, possono accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico-pratica presso le Corti di appello, i Tribunali ordinari, gli Uffici e i Tribunali di sorveglianza e i Tribunali per i minorenni della durata complessiva di diciotto mesi. Lo *stage* formativo, con riferimento al procedimento penale, può essere svolto esclusivamente presso il giudice del dibattimento. I laureati, con i medesimi requisiti, possono accedere a un periodo di formazione teorico-pratica, della stessa

L'art. 73 non prevede l'espletamento di una particolare procedura di reclutamento dei tirocinanti, né un tetto predeterminato di essi per ciascun ufficio giudiziario, limitandosi il primo comma a prevedere che i laureati in giurisprudenza in possesso di determinati requisiti "possono accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico-pratica". Sebbene non sia previsto un bando di reclutamento, appare per ragioni organizzative dell'ufficio ospitante, ma anche per la migliore modulazione del tirocinio stesso, prevedere l'espletamento di esso, preferibilmente a settembre di ogni anno, per ragioni di raccordo anche con i corsi delle S.S.P.L. (raccordo di cui si dirà innanzi), i cui allievi costituiscono statisticamente il numero maggiore di tirocinanti in formazione. D'altra parte, fa propendere per tale concentrazione, anche un dato che non può essere trascurato: i tirocinanti sono ammessi pure ai corsi di formazione decentrata loro specificamente dedicati e organizzati, con cadenza almeno semestrale, secondo programmi che sono indicati per la formazione decentrata da parte della Scuola superiore della magistratura (cfr. par. c. 4.), ma un'adeguata programmazione presuppone una tempistica che può essere assicurata solo attraverso la concentrazione dei tirocini e l'individuazione del periodo di avvio degli stessi anno per anno.

Molti uffici giudiziari, specie quelle metropolitani, tuttavia, si sono già orientati per la predisposizione del bando e risultano essere stati già avviati da qualche mese i tirocini formativi, ai sensi dell'art. 73.

Il primo ed il terzo comma dell'art. 73, poi, non forniscono indicazioni specifiche circa il contenuto della domanda e le modalità di presentazione di essa, ma appare preferibile, ove si regolamenti l'accesso dei tirocinanti periodicamente, attraverso un bando, allegare un modello di domanda, che dia conto del contenuto minimo di essa, e fornisca indicazioni oltre che sulle modalità della sua presentazione (ad es. a mezzo fax, posta certificata, raccomandata a/r, ecc.), anche in merito alla documentazione da allegare al fine di comprovare i requisiti di ammissione (ad es. certificato di nascita, certificato di laurea con indicazione

durata, anche presso il Consiglio di Stato, sia nelle sezioni giurisdizionali che consultive, e i Tribunali Amministrativi Regionali. La Regione Siciliana e le province autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito della propria autonomia statutaria e delle norme di attuazione, attuano l'istituto dello stage formativo e disciplinano le sue modalità di svolgimento presso il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e presso il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa di Trento e la sezione autonoma di Bolzano".

Il terzo comma prevede, invece, che "per l'accesso allo *stage* i soggetti di cui al comma 1 presentano domanda ai capi degli uffici giudiziari con allegata documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui al predetto comma, anche a norma degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Nella domanda può essere espressa una preferenza ai fini dell'assegnazione, di cui si tiene conto compatibilmente con le esigenze dell'ufficio".

degli esami sostenuti e relativa votazione ecc., ovvero dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà a norma dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445).

Il terzo comma dell'art. 73 si limita a prevedere che “nella domanda può essere espressa una preferenza ai fini dell'assegnazione di cui si tiene conto compatibilmente con le esigenze dell'ufficio”.

È da evidenziare che recentemente il Ministero della Giustizia, con nota del DOG del 05.12.2013, ha elaborato un modello di domanda che per il futuro potrà essere utilizzato dal candidato.

I requisiti per l'accesso al tirocinio formativo sono esattamente indicati dal medesimo primo comma dell'art. 73 e, segnatamente, come già accennato: il possesso della laurea in giurisprudenza all'esito di un corso di durata almeno quadriennale; possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'articolo 42-ter, secondo comma, lettera g), del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12; l'aver riportato una media di almeno 27 trentesimi negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo, ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110; non aver compiuto i trenta anni di età.

Il secondo comma dell'art. 73, poi, prevede un ordine di preferenza nella selezione dei tirocinanti, nel caso in cui non sia possibile avviare al periodo di formazione tutti gli aspiranti muniti dei requisiti di cui al comma 1 (ad es. quando le domande di ammissione la tirocinio siano di numero di gran lunga superiore rispetto ai magistrati dell'ufficio che abbiano espresso disponibilità a svolgere le funzioni di magistrato formatore), accordando precedenza, nell'ordine, alla media degli esami indicati, al punteggio di laurea e alla minore età anagrafica e a parità di tali requisiti, attribuendo preferenza ai corsi di perfezionamento in materie giuridiche successivi alla laurea.

Dalle prime applicazioni del nuovo modulo di tirocinio formativo è emerso che la procedura di selezione dei tirocinanti è piuttosto complessa, posto che essa si compone di più fasi, di cui la prima di raccolta delle domande, di verifica delle dichiarazioni in essa contenute e della documentazione allegata, nonché un'ulteriore fase di redazione della graduatoria e di ammissione dei selezionati al tirocinio.

Va subito detto che a tali fasi, più squisitamente “preparatorie”, seguono altre, dopo l'immissione in servizio dei tirocinanti, altrettanto complesse (tenuta di un'anagrafe dei tirocinanti, coordinamento con la formazione decentrata, consigli dell'Ordine degli avvocati, notai e Scuole di Specializzazione, oneri assicurativi, raccolta delle relazioni finali, rilascio delle attestazioni, monitoraggio ecc.), anch'esse meritevoli di attenzione e dedizione, siccome richiedenti oneri ed adempimenti per un arco temporale rilevante (18

mesi). In considerazione di ciò appare opportuno che il capo dell'ufficio contempli, specie negli uffici giudiziari di rilevanti dimensioni, la creazione di un'apposita “struttura”, composta da personale amministrativo e da giudici (specificamente delegati), che si occupi stabilmente di coadiuvarlo nell'organizzazione, “cura” e gestione dei tirocini formativi, anche in considerazione delle attività di monitoraggio avviate dal Ministero della Giustizia, che richiedono, da parte degli uffici giudiziari interessati dai tirocini, la trasmissione di molteplici dati “relativi allo *stage*”, come da nota recentemente trasmessa dal Ministero medesimo.

Completata la procedura di selezione, i tirocinanti saranno ammessi al tirocinio sulla base della graduatoria a scorrimento stilata all'esito della verifica dei requisiti previsti dal primo comma dell'art. 73. Al fine dell'avvio al tirocinio si ritiene che il capo dell'ufficio debba emettere un provvedimento formale di ammissione dei selezionati e nel contempo di assegnazione ai vari magistrati che hanno dichiarato la disponibilità all'affidamento di tirocinanti. In tale assegnazione il capo dell'ufficio terrà conto, ove l'organizzazione lo consenta, delle preferenze per settore eventualmente espresse nella domanda, od eventualmente manifestate dal tirocinante prima dell'assegnazione⁵.

All'atto dell'immissione in servizio appare opportuno che i tirocinanti redigano una scheda in cui dichiarino i dati personali ad essi relativi e sottoscrivano una dichiarazione per l'assunzione dei doveri e degli obblighi relativi al loro “*status*” (dovere di riservatezza, incompatibilità ecc.).

Appare altresì opportuno redigere un progetto formativo contenente l'illustrazione delle attività che possono essere svolte dal tirocinante (cd. mansionario) e degli obiettivi formativi che il tirocinio si prefigge. Tale progetto potrà essere aggiornato con il magistrato a cui è affidato il tirocinante, in relazione alle progressive competenze da quest'ultimo acquisite.

I tirocini formativi di cui all'art. 73 possono essere svolti, a differenza di quelli contemplati dall'art. 37 della l. n. 111/2011, solo presso alcuni uffici giudiziari e specificamente, come detto, presso gli uffici giudicanti di merito: Corti di appello, Tribunali ordinari, Uffici e Tribunali di sorveglianza e Tribunali per i minorenni.

Restano esclusi la Corte di Cassazione, gli uffici requirenti e gli uffici penali di merito, diversi dal dibattimento penale, stante l'espressa previsione di cui al primo comma dell'art. 73, secondo cui “lo *stage* formativo, con riferimento al procedimento penale,

⁵ Prima della conversione del d.l. n. 69/2013, il terzo comma dell'art. 73 prevedeva che il tirocinante potesse esprimere preferenza per uno o più magistrati dell'ufficio incaricati della trattazione di affari in specifiche materie; tale previsione è stata soppressa in sede di conversione, essendo prevista solo la possibilità di dichiarazione di preferenza, evidentemente riferita ad un settore (civile penale, lavoro ecc.).

può essere svolto esclusivamente presso il giudice del dibattimento”.

Una volta selezionati, i tirocinanti sono assegnati ai magistrati che hanno espresso disponibilità all'affidamento.

Il magistrato formatore, secondo il chiaro disposto del comma 5 dell'art. 73, svolge un ruolo di guida e nel contempo di controllo del tirocinante, avviandolo progressivamente allo studio dei processi, alla consultazione delle banche dati, all'individuazione del precedente giurisprudenziale, all'individuazione dell'ordine logico delle questioni oggetto dei vari procedimenti, alla redazione di provvedimenti più semplici sino alla redazione della bozza di sentenza. A ciò va aggiunto che il magistrato formatore deve avviare il tirocinante anche all'uso delle dotazioni informatiche, ivi compresi i sistemi ministeriali in uso presso gli uffici, e quelle che il ministero della giustizia fornirà agli ammessi allo stage secondo le previsioni del comma 4 dell'art. 73.

Il concetto di assistenza nelle ordinarie attività si presenta piuttosto ampio, ricomprendendo lo studio dei processi, la gestione dell'udienza, la fase decisionale, quella di materiale stesura dei provvedimenti e delle sentenze.

3. Doveri e obblighi del tirocinante

Il tirocinante svolge la propria attività di “ausilio” sotto la guida e il controllo del magistrato e nel rispetto degli obblighi di riservatezza e di riserbo riguardo ai dati, alle informazioni e alle notizie acquisite durante il periodo di formazione, con obbligo di mantenere il segreto su quanto appreso in ragione della sua attività, secondo l'espressa previsione del comma 5 dell'art. 73.

È bene che di tali obblighi i magistrati formatori diano ampiamente e specificamente conto ai tirocinanti, in considerazione del fatto che questi ultimi, per la maggior parte si trovano ad affrontare la prima esperienza in “campo professionale” e di approccio specifico al delicato universo mondo giurisdizionale.

Inoltre, il tirocinante non può avere accesso ai fascicoli relativi ai procedimenti rispetto ai quali versa in conflitto di interessi per conto proprio o di terzi, ivi compresi i fascicoli relativi ai procedimenti trattati dall'avvocato presso il quale svolge il tirocinio ai sensi dell'ultima parte del comma 6 dell'art. 73. Il tirocinante, pertanto, è tenuto ad indicare al magistrato formatore l'avvocato presso il quale svolge la pratica forense (in considerazione del fatto che il comma 10 dell'art. 73 non impedisce al tirocinante il contestuale svolgimento del tirocinio per l'accesso alla professione forense e non impedisce all'avvocato presso il quale il tirocinio si svolge di esercitare l'attività professionale innanzi al magistrato formatore), e comunque è tenuto ad indicare i parenti od il coniuge che svolgono la professione forense.

Gli ammessi allo *stage*, poi, ai sensi del comma 7 dell'art. 73, non possono esercitare attività professio-

nale innanzi l'ufficio ove si svolge il tirocinio, né possono rappresentare o difendere, anche nelle fasi o nei gradi successivi della causa, le parti dei procedimenti che si sono svolti dinanzi al magistrato formatore, o assumere da costoro qualsiasi incarico professionale.

Al fine di rendere immediatamente percepibile al tirocinante l'assunzione degli obblighi indicati, in alcuni uffici giudiziari è invalso, come detto, l'uso di far compilare al tirocinante, all'atto dell'ammissione allo *stage*, una scheda contenente tutte le informazioni di cui sopra (studio professionale presso il quale viene svolta la pratica, coniuge e/o parenti che svolgono tale attività ecc.), facendogli sottoscrivere apposita dichiarazione di impegno al rispetto degli obblighi cui è tenuto *ex art.* 73.

Il mancato rispetto di tali obblighi, trova immediata “sanzione” nel disposto del comma 9 dell'art. 73, a tenore del quale, lo *stage* può essere interrotto in ogni momento dal capo dell'ufficio, anche su proposta del magistrato formatore, e ciò non solo per sopravvenute ragioni organizzative, ma per il venir meno del rapporto fiduciario, anche in relazione ai possibili rischi per l'indipendenza e l'imparzialità dell'ufficio o la credibilità della funzione giudiziaria, nonché per l'immagine e il prestigio dell'ordine giudiziario.

Una specifica considerazione merita il disposto del comma 5 dell'art. 73, secondo cui i tirocinanti sono ammessi ai corsi di formazione decentrata organizzati per i magistrati dell'ufficio ed ai corsi di formazione decentrata loro specificamente dedicati e organizzati, con cadenza almeno semestrale, secondo programmi che sono indicati per la formazione decentrata da parte della Scuola superiore della magistratura. Sebbene la norma non contempli espressamente un “obbligo” per i tirocinanti di partecipazione a tali corsi, tuttavia appare opportuno che l'eventuale negligenza dimostrata dallo stagista per la mancata partecipazione a tali corsi emerga e venga appositamente considerata ai fini del giudizio finale.

La previsione dei corsi appositamente dedicati ai tirocinanti, infatti, mira a saldare la preparazione teorica a quella pratica, rendendo quanto più completa possibile l'esperienza del tirocinante e a far emergere, colmandole, eventuali lacune conoscitive.

Nuove norme per la prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime. *Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24*

sommario

Premessa. - **1.** Modifiche al codice penale. - **2.** Modifiche al codice di procedura penale. - **3.** Altre modifiche.

Premessa

Con il decreto in esame il legislatore ha riordinato la materia della prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime.

In tal modo è stata data attuazione alla direttiva 2011/36/UE, che, a sua volta, aveva sostituito la decisione quadro 2002/629/GAI.

Si è inteso dare maggiore forza alla tutela repressiva penale ed effettiva protezione alle vittime.

A tal fine, da un lato, le condotte penalmente rilevanti sono state analiticamente descritte, adeguando la fattispecie astratta alle modalità con le quali la tratta di esseri umani viene realizzata; dall'altro, si è posta particolare attenzione alla specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, specie se non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere.

Per questo il decreto ha inciso sia sulla tutela penale, che sulle norme amministrative di accoglienza e sostegno delle vittime, mirando anche alla prevenzione del fenomeno.

Tali finalità sono rese esplicite dal primo comma dell'articolo 1, che con affermazione di carattere programmatico, sottolinea l'attenzione rivolta alle vittime che si trovano nelle particolari condizioni di vulnerabilità, mentre nel secondo comma si chiarisce che l'intervento legislativo non pregiudica i diritti, gli obblighi e le responsabilità dello Stato e degli individui, ai sensi del diritto internazionale.

1. Modifiche al codice penale

L'articolo 2 è intervenuto sul codice penale modificando gli articoli 600 e 601.

Le modifiche apportate, che mantengono sostanzialmente immodificata l'obiettività giuridica delle fattispecie, consentono di ritenere che vi sia continuità tra la vecchia e la nuova disciplina.

Ed invero, l'articolo 601 è stato novellato in entrambi i suoi commi.

Nel primo comma: dopo le parole: "all'accattonaggio o comunque", le parole "a prestazioni" sono sostituite dalle parole: "al compimento di attività illecite" "che ne comportino lo sfruttamento".

Tale modifica sembra aver ridotto la portata della norma, portando fuori dalla previsione uno sfruttamento che derivi da attività lecite, anche se può osservarsi che le principali attività lecite che comportino lo sfruttamento sono già sanzionate dalla frase precedente del comma in esame che punisce chi costringa qualcuno a prestazioni lavorative o sessuali.

Ancora al primo comma, e dopo la parola "sfruttamento" sono inserite le parole: "ovvero a sottoporre al prelievo di organi", condotta armonizzabile con l'assoggettamento "continuo", richiesto dalla norma, sol che si consideri che il prelievo deve essere necessariamente preceduto da una articolata condotta volta all'assoggettamento, alla costrizione ed al consenso.

La modifica del secondo comma è consistita nell'aggiungere, dopo le parole "approfittamento di una situazione", le parole: "di vulnerabilità".

Ciò rende necessario dare un contenuto precettivo al concetto di "vulnerabilità".

Costituendo la legge in esame esplicita attuazione della direttiva europea 2011/36/UE, quest'ultima costituisce adeguato riferimento per tale operazione ermeneutica, sotto il profilo della rivelazione della *ratio legis*.

Orbene, il paragrafo 2 dell'art. 2 della direttiva definisce la "vulnerabilità", come "una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima".

In tale accezione la vulnerabilità è una condizione più ampia delle già previste situazioni "di inferiorità fisica e o psichica" o "di necessità", alle quali, quindi, si aggiunge, ampliando l'ambito oggettivo della norma incriminatrice, con le conseguenti ricadute *ex art 2 c.p.*

L'articolo 601 c.p., a sua volta novellato, richiama le condotte di cui all'articolo 600. Ne consegue che le modifiche fin qui analizzate avranno il loro riflesso anche su tale norma.

L'articolo è stato interamente riscritto.

Se ne propone qui di seguito una lettura sinottica con il precedente testo, evidenziando in corsivo le corrispondenti parti modificate:

Vecchio testo 601 c.p.	Nuovo testo 601 c.p.
<p>Chiunque commette <i>tratta</i> di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la <i>induce</i> mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni.</p>	<p>È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque <i>recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita</i> una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, <i>realizza le stesse condotte</i> su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di <i>vulnerabilità</i>, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, <i>al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.</i></p> <p><i>Alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età».</i></p>

Come può notarsi, la sanzione è rimasta imm modificata, mentre l'ambito oggettivo della condotta è stato esplicitato ed ampliato, estendendolo alla condizione di vulnerabilità.

In primo luogo, è stato dato uno specifico contenuto al concetto di "tratta" presente nel vecchio testo, aggiornandolo con la più analitica descrizione già contenuta nella direttiva.

L'ampliamento è corrispondente a quello già delineato nell'esame dell'art. 600 che, con qualche ridondanza, viene sussunto anche sotto questa fattispecie.

Nessuna modifica, poi, vi è stata quanto all'elemento soggettivo essendo chiara oggi come in passato la necessità del dolo specifico.

Ulteriore ampliamento della fattispecie è contenuto nel secondo comma, laddove si prevede che, qualora persona offesa sia un minore, la condotta di cui al primo comma sarà penalmente rilevante "anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma".

2. Modifiche al codice di procedura penale

L'art. 3 del decreto ha modificato l'art. 398 c.p.p., aggiungendo allo stesso il comma 5-ter, il quale prevede che "Il giudice, su richiesta di parte, applica le disposizioni di cui al comma 5-bis quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede".

Richiamando quanto si è già osservato al riguardo del concetto di vulnerabilità, introdotto dalla novella, può affermarsi che con tale disposizione sono state ampliate le ipotesi di "audizione protetta", consentendo la stessa anche quando debba essere esaminata una persona maggiorenne.

Invero, l'espressione "particolare vulnerabilità" restringe la nozione ai casi più gravi, consentendo pe-

altro di fondare tale valutazione "anche" sul reato per cui si procede.

La collocazione sistematica della norma, infine, induce a ritenere che l'audizione protetta si inserisca comunque in uno dei reati indicati dal comma precedente.

3. Altre modifiche

Quanto agli interventi sugli aspetti amministrativi di accoglienza e sostegno delle vittime ed alla prevenzione del fenomeno, si segnalano:

- a) l'art. 4, che riferendosi ai minori stranieri non accompagnati, vittime di tratta, ha introdotto varie forme di tutela prevedendo, in primo luogo, l'obbligo di informazione del minore circa i diritti di cui gode, incluso l'eventuale accesso alla procedura di determinazione della protezione internazionale ed ha rinviato ad un futuro decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro degli affari esteri, il Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e il Ministro della salute la definizione dei meccanismi per determinare l'età del minore nei casi in cui sussistano dubbi sulla stessa, e questa non sia accertabile attraverso i documenti identificativi, prevedendo una misura multidisciplinare, da adottarsi sempre nel pieno rispetto dei diritti del minore, di determinazione dell'età anagrafica, da realizzarsi da personale specializzato e con procedure che tengano nella dovuta considerazione l'origine etnica e culturale del minore, eventualmente anche mediante l'utilizzo delle autorità diplomatiche e disponendo che, nel caso in cui tale procedura non risulti idonea a determinare esattamente l'età del minore, il soggetto si presume e si considera "minore di età". In questa direzione di inserisce anche l'art. 10, comma 2, che

prevede il diritto ad informazioni, in una lingua a lui comprensibile, in ordine alle disposizioni di cui al predetto comma 1, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, informazioni sulla possibilità di ottenere la protezione internazionale ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251;

b) l'art. 5 il quale fa riferimento agli obblighi di formazione che debbono essere adempiuti dai soggetti appartenenti alle amministrazioni interessate, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, mentre l'art. 6, integrando l'art. 12 della legge n. 228/2003, estende alle vittime la possibilità di indennizzo già prevista per le vittime di reati violenti. In particolare, prevede che l'indennizzo sia corrisposto nella misura di € 1.500,00 per ogni vittima, entro i limiti delle disponibilità finanziarie annuali del "Fondo per le misure anti tratta". In caso di insufficienza delle disponibilità finanziarie annuali del Fondo, le richieste di indennizzo accolte e non

soddisfatte sono poste a carico del successivo esercizio finanziario ed hanno precedenza rispetto alle richieste presentate nel medesimo esercizio;

c) l'art. 7 che attribuisce al Dipartimento per le pari opportunità compiti di indirizzo coordinamento e monitoraggio in materia di tratta degli esseri umani.

Gli artt. 8 e 9 hanno, invece come obiettivo la prevenzione e il contrasto del fenomeno della tratta prevedendo, il primo, modifiche all'art. 18 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 ed in particolare un programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale che garantisca, in via transitoria, adeguate condizioni di alloggio, di vitto e di assistenza sanitaria e, il secondo, modifiche alla legge 11 agosto 2003, n. 228, l'adozione di un Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani.

Tutto ciò è racchiuso dalla immancabile, in questi tempi, clausola di invarianza finanziaria.

Recensioni

LA VENDITA DI EREDITÀ
di Fernando Greco, Milano 2014..... 222
di Sara Frizzoni



La vendita di eredità di Fernando Greco, Milano 2014

L'Opera in commento affronta, attraverso uno studio analitico ed organico, il tema della vendita di eredità, ovvero il contratto mediante il quale l'erede può alienare il proprio patrimonio ereditario in cambio di un corrispettivo.

L'istituto in esame ha scarsa applicazione pratica, di conseguenza ridotto è il numero delle decisioni giurisprudenziali al riguardo, tuttavia, la vendita di eredità è di rilevante interesse dogmatico per l'intersecarsi della disciplina contrattualistica con quella successoria.

L'Autore introduce l'argomento analizzandone l'evoluzione storica. Le origini della vendita di eredità sono situate nel diritto romano, periodo in cui ebbe un uso molto diffuso. Durante il diritto comune, limitato è l'interesse per l'istituto che riacquista una certa importanza nel corso delle legislazioni più moderne e della giurisprudenza più recente. La fattispecie è stata disciplinata nel codice civile del 1865, in cui era inserita inopportuna nel capo della cessione dei crediti ed in un solo articolo, il 1545; per quanto riguarda il codice civile del 1942, è trattata nell'ambito della compravendita, in congruenza alla tradizione romana ed è regolamentata dall'art. 1542 all'art. 1547. L'ampliamento del numero delle disposizioni, rispetto al codice civile del 1865, costituisce un elemento più formale che sostanziale, dato che le vere innovazioni sono determinate dalla previsione della forma scritta sotto pena di nullità (art. 1543, comma 1, c.c.) e dalla responsabilità solidale del compratore e del venditore per i debiti ereditari (art. 1546 c.c.).

La struttura del commentario è caratterizzata dall'approfondimento delle singole norme.

Dall'esame dell'art. 1542 c.c., che prescrive all'alienante, esclusivamente, l'obbligo di garantire la sua qualità di erede, esimendolo dalla specificazione dei singoli cespiti, si evince che "presupposto indispensabile per la vendita, è l'accettazione dell'eredità che permette di rivestire la «qualità» di erede e, conseguentemente, disporre dell'eredità". L'Autore considera le differenze tra la vendita della totalità o di una quota dei rapporti patrimoniali ereditari (nel caso in cui il venditore sia erede unico ed esclusivo) e la vendita della quota da parte di un coerede (in relazione alla totalità dei rapporti patrimoniali attribuiti alla sua quota). Fa seguito una dettagliata disamina delle varie questioni che sorgono dall'analisi di tale articolo, tra cui

quelle concernenti l'oggetto della vendita di eredità (la disciplina legislativa fa tendere a considerarlo una "universalità giuridica comprensiva di diritti, debiti e pesi"), l'intrasferibilità della «qualità» di erede, il mancato obbligo di specificazione degli oggetti compravenduti, il dibattito sulla possibilità che si trasferisca in favore del compratore dell'eredità l'azione di petizione *ex art. 533 c.c.*, la discussione se, in caso di vendita di coeredità, debba ricomprendersi nella vendita il diritto di accrescimento del coerede, l'aleatorietà o meno del contratto di vendita di eredità.

Successivamente si valuta la formalità del contratto, prevista dal primo comma dell'art. 1543 c.c., il quale stabilisce che la vendita di eredità deve essere stipulata per iscritto a pena di nullità. Tale onere "è generale e prescinde dalla natura dei beni che compongono il patrimonio ereditario", inoltre, da codesto enunciato emerge la particolare rilevanza dell'atto che le parti contraenti si propongono di porre in essere.

Relativamente all'obbligo gravante sul venditore, di prestarsi agli atti necessari per rendere efficace la trasmissione di ciascuno dei diritti compresi nell'eredità, stabilito dal secondo comma dell'art. 1543 c.c., si evidenziano alcune problematiche attinenti: alla ripetizione del contratto, al conflitto tra due acquirenti della stessa eredità, al conflitto tra l'acquirente dall'erede e l'acquirente dal *de cuius*, alla stipulazione del contratto preliminare di vendita di eredità o di quota ereditaria, ed infine al rapporto tra vendita di cosa ereditaria e il diritto di prelazione riconosciuto al coerede dall'art. 732 c.c.

In seguito, l'art. 1544 c.c. disciplina gli obblighi del venditore, "tra gli obblighi del venditore c'è quello di mettere l'acquirente nella condizione di poter esercitare il complesso dei diritti compresi nell'asse ereditario ovvero la frazione di tali diritti nell'ipotesi di cessione di quota di eredità". Circa l'obbligo di consegna dei beni, l'Autore distingue tra beni materiali ed immateriali, tra beni di cui il defunto non aveva od aveva il possesso ed, in questa ultima ipotesi (defunto possessore dei beni ereditari), differenzia a seconda che l'erede sia o meno nel possesso dei beni. Inoltre, si esamina quali siano i frutti, gli interessi ed i crediti da rimborsare ed il dibattito attinente al rimborso del valore dei beni venduti a titolo gratuito. La norma am-

mette la possibilità per le parti di “derogare al sistema obbligatorio dei rimborsi”.

L'Opera prosegue con la descrizione degli obblighi del compratore, *ex art.* 1545 c.c.

Il compratore dell'eredità ha l'obbligo di pagare il prezzo che deve essere determinato e specificato ovvero determinabile, analogicamente al contratto di vendita, per di più, se il corrispettivo fosse il trasferimento di beni si tratterebbe di una permuta. Con riferimento all'obbligo di restituzione, si discute se afferisce al momento dell'apertura della successione o se abbia portata generale, quindi “anche ai pagamenti effettuati dall'alienante a seguito della conclusione del contratto”. Oltre a ciò, l'Autore indaga la *ratio* per la quale il legislatore utilizza il termine corrispondere, piuttosto che quello di rimborsare. Mediante l'espressione «corrispondere» si esprime la persistenza del rapporto: “la vendita di eredità è dominata dal principio di severa reciprocità tra venditore ed acquirente. Difatti, mentre l'alienante pur mantenendo la qualità di erede, non può conseguire economicamente nessun vantaggio oltre il prezzo della vendita, il compratore, nonostante subentri nelle attività e passività, non può stravolgere il patrimonio personale del venditore rispetto a quello antecedente all'accettazione dell'eredità”. Anche circa gli obblighi del compratore, il legislatore prevede che si possa convenire diversamente rispetto a quanto stabilito dalla presente disposizione.

Il testo continua illustrando la responsabilità solidale del compratore e del venditore per i debiti eredita-

ri, sancita dall'art. 1546 c.c. L'acquirente, in assenza di patto contrario, è obbligato in solido con il venditore a pagare le passività ereditarie: trattasi di una specie di acollo cumulativo «*ope legis*». Il legislatore “consente di escludere solidarietà tra venditore e compratore in presenza di un patto contrario”. L'Autore sottolinea le questioni attinenti al patto contrario, ed alla relativa natura giuridica, e quelle attinenti alla compravendita di eredità accettata con beneficio d'inventario.

Per ultimo, l'art. 1547 c.c. disciplina le altre forme di alienazione di eredità, a titolo oneroso (primo comma) ed a titolo gratuito (secondo comma). Il primo comma, è una norma di chiusura che estende la disciplina prevista negli artt. 1542-1546 c.c. alle altre forme di alienazione di eredità a titolo oneroso, tra le quali fanno parte la *datio in solutum*, la transazione, il conferimento in società, la permuta, e simili. L'elaborato si concentra sul rapporto tra contratto a titolo oneroso e vendita di eredità. Il secondo comma dell'art. 1547 c.c. prescrive solamente che per le alienazioni a titolo gratuito la garanzia è regolata dall'art. 797 c.c., dunque non si applica direttamente l'intera disciplina della compravendita di eredità, ergo l'interprete avrà il compito di individuare di volta in volta quale norma della disciplina della compravendita di eredità dovrà essere applicata.

L'Opera, di rilevante interesse pratico-notarile, permette, mediante una notevole e stimolante disamina delle complesse argomentazioni concernenti la vendita di eredità, di indicare soluzioni conformi al non preciso dettato legislativo.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. un., 14.05.2014, n. 10413 s.m.
Cass. civ., sez. II, 12.05.2014, n. 10277 s.m.
Cass. civ., sez. II, 12.05.2014, n. 10272 s.m.
Cass. civ., sez. II, 09.05.2014, n. 10190 s.m.
Cass. civ., sez. II, 09.05.2014, n. 10184 s.m.
Cass. civ., sez. II, 09.05.2014, n. 10183 s.m.
Cass. civ., sez. II, 09.05.2014, n. 10181 s.m.
Cass. civ., sez. lav., 09.05.2014, n. 10133 s.m.
Cass. civ., sez. I, 09.05.2014, n. 10105 s.m.
Cass. civ., sez. VI, ord. 09.05.2014, n. 10097 s.m.
Cass. civ., sez. I, 08.05.2014, n. 9998 s.m.
Cass. civ., sez. un., 05.05.2014, n. 9573 s.m.
Cass. civ., sez. un., 28.03.2014, n.7305
(con nota di Valletta)
Cass. civ., sez. II, 11.02.2014, n. 3091
(con nota di D'Alessandro)

TRIBUNALE

- Trib. Napoli, 28.05.2014
Trib. Avellino, ord. 09.05.2014
Trib. Cassino, 25.03.2014 (con nota di Caravella)
Trib. Nola, ord. 15.11.2013
Trib. Napoli, sez. I, 04.11.2013
Trib. Napoli, sez. spec. imp., ord. 02.11.2013
Trib. Napoli, sez. spec. imp., 25.07.2013
(con nota di Caravella)

Diritto e procedura penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. pen., sez. un., 27.03.2014, n. 20214
(con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez. un., 27.03.2014, n. 18822
(con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez.un., 27.03.2014, n. 16208
(con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez. VI, 04.03.2014, n. 12004 s.m.
Cass. pen., sez. un., 27.02.2014, n. 18292 s.m.
Cass. pen., sez. III, 25.02.2014, n. 11110 s.m.
Cass. pen., sez. IV, 11.02.2014, n. 11525 s.m.
Cass. pen., sez. VI, ord. 5.02.2014, n. 11933 s.m.
Cass. pen., sez.un., 30.01.2014, n. 10561
(con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez. II, 29.01.2014, n. 11953 s.m.

- Cass. pen., sez. VI, 16.01.2014, n. 12007 s.m.
Cass. pen., sez. un., 24.10.2013, n. 12228 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Nola, coll. D), 12.05.2014, n. 1316 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 05.05.2014, n. 6982 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 28.04.2014, n. 6603 s.m.
Trib. Napoli, sez. I, ord. 22.04.2014 s.m.
Trib. Napoli, sez. I, 15.04.2014, n. 5939 s.m.
Trib. Nola, coll. A), 15.04.2014, n. 1086 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 14.04.2014, n. 5907 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 14.04.2014, n. 5903 s.m.
Trib. Nola, coll. D), 07.04.2014, n. 989 s.m.
Trib. Nola, coll. A), 01.04.2014, n. 921 s.m.
Trib. Nola, coll. D), 24.03.2014, n. 809 s.m.
Trib. Nola, coll. B), 18.03.2014, n. 745 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 17.03.2014, n. 3872 s.m.
Trib. Nola, coll. B), 12.03.2014, n. 705 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 03.03.2014, n. 2983 s.m.
Trib. Nola, coll. C), 13.02.2014, n. 385 s.m.
Trib. Nola, G.M., 11.02.2014, n. 375 s.m.
Trib. Nola, coll. B), 05.02.2014, n. 309 s.m.
Trib. Nola, G.M., 03.12.2013, n. 2711 s.m.

G.I.P./G.U.P.

- Trib. Nola, G.u.p., 24.04.2014, n. 169 s.m.

Diritto amministrativo

CONSIGLIO DI STATO

- Cons. Stato, sez. V, 27.05.2014, n. 2753 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 27.05.2014, n. 2752 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 27.05.2014, n. 2728 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 27.05.2014, n. 2715 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 27.05.2014, n. 2710 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 07.05.2014, n. 2343 s.m.

T.A.R.

- T.a.r. Campania-Napoli, sez. I, 05.06.2014,
n. 03113 s.m.

Diritto internazionale

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- C.G.U.E., sez. IV, 05.06.2014, causa C-255/13
C.G.U.E., sez. IV, 05.06.2014, causa C398/12