

Giapeto Editore

# Gazzetta FORENSE

Gennaio - Febbraio 2019

Il Repechage nel Licenziamento per Giustificato  
Motivo Oggettivo.

*Nota a Cass., Sez Lav., sentenza n. 5592 del 22  
marzo 2016*

**NUNZIA TESONE**

---

Il potere ispettivo delle Autorità indipendenti, con  
particolare riguardo all'Autorità per le garanzie nelle  
comunicazioni

**IVANA NASTI**

---

L'inerenza dei costi d'impresa secondo la Cassazione  
e l'onere probatorio

**MANLIO INGROSSO**

---

Funzioni compensative, sanzionatorie e deterrenti  
nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte  
dei conti: la funzione "*meno che compensativa*"  
dell'azione risarcitoria pubblicistica da danno alla  
finanza pubblica e le nuove azioni sanzionatorie  
speciali

**PASQUALE FAVA**

---

in collaborazione con



# Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 12 - Numero 1 - Gennaio/Febbraio 2019

**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,  
Cristina Spizuoco

**EDITORE**

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

**PROPRIETARIO**

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

**COMITATO DI REDAZIONE**

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

**COMITATO SCIENTIFICO**

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

**COMITATO DI VALUTAZIONE**

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

*Rassegne di giurisprudenza a cura di*

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

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

**N. REGISTRAZ. TRIBUNALE**

n. 21 del 13/03/2007

**GRAFICA E IMPAGINAZIONE**

Gianni Ascione, Napoli

**STAMPA E ALLESTIMENTO**

Print Sprint, Napoli

*in collaborazione con*

  
**PEGASO**  
Università Telematica

**Università  
Mercatorum**

Università telematica delle  
Camere di Commercio Italiane

# SOMMARIO

## Editoriale

IL TAR LAZIO E LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA. UN PRIMATO DA DIFENDERE (E CURARE QUOTIDIANAMENTE) .....	5
di Giulio Napolitano	

## Diritto e procedura civile

RIFLESSIONI INTORNO ALLA TRASFORMAZIONE DI SOCIETÀ DI CAPITALI IN TRUST .....	8
di Giulio Mattace	
IL DIFFICILE PERCORSO DI ARMONIZZAZIONE DI UN DIRITTO DELLA CONTABILITÀ A LIVELLO GLOBALE .....	12
di Francesco Cossu	
AUTONOMIA TESTAMENTARIA E COSÌ DETTO TERMINE <i>EX VOLUNTATE TESTATORIS</i> .....	21
di Francesco Meglio	
SU UN CASO DI APATIA ISTRUTTORIA. <i>Nota a Corte di Appello di Potenza, 31 gennaio 2018, n. 47</i> .....	32
di Vincenzo Lombardi	
IL REPECHAGE NEL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO. <i>Nota a Cass., Sez. Lav., sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016</i> .....	38
di Nunzia Tesone	
IL CONTRATTO DI LOCAZIONE, IN CASO DI TARDIVA REGISTRAZIONE, PUÒ COMUNQUE PRODURRE I SUOI EFFETTI CON DECORRENZA "EX TUNC". <i>Corte di Cassazione, Sezione III civile, 20 dicembre 2018, n. 32934</i> .....	46
di Ylenia Zaira Alfano	
SULLA REVOCATORIA ORDINARIA EX ART. 2901 C.C. DEL TRUST IMMOBILIARE IN SEGUITO AD INTERVENTO IN GIUDIZIO DELLA CURATELA FALLIMENTARE. <i>Nota a Tribunale di Napoli, Sezione II, 23 gennaio 2019, n. 821</i> .....	51
di Enrico Maria Buonfantino	
SULLA NON SOVRAPPONIBILITÀ DEL DANNO MORALE E DEL DANNO ESISTENZIALE. <i>Nota a Cassazione civile, Sezione III, 31 gennaio 2019, n. 2788</i> .....	57
di Giuseppe M. Orlando	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	67
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO .....	69
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

## Diritto e procedura penale

IL <i>NE BIS IN IDEM</i> NEGLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE. PRIMISSIME NOTE IN CALCE ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 45829 DEL 10 OTTOBRE 2018, DOPO IL PRONUNCIAMENTO DELLA CORTE EUROPEA SUL <i>BIS IN IDEM</i> PUNITIVO .....	74
di Sergio Ricchitelli	
DETTENZIONE DI DROGHE DIVERSE ED UNITARIETÀ DEL FATTO DI LIEVE ENTITÀ. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 27 settembre 2018, n. 51063</i> .....	77
di Federico Noschese	
LEGGE N. 242/2016 E DIFFICOLTÀ APPLICATIVE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione sesta, 27 novembre 2018, n. 56737</i> .....	98
di Sara Bellotti	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI .....	108
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	113
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO .....	116
a cura di Giuseppina Marotta	

## Diritto amministrativo

IL POTERE ISPETTIVO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI ..... 126  
di Ivana Nasti

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50) ..... 134  
a cura di Almerina Bove

## Diritto tributario

L'INERENZA DEI COSTI D'IMPRESA SECONDO LA CASSAZIONE E L'ONERE PROBATORIO ..... 138  
di Manlio Ingrosso

I CRITERI DI ASSIMILAZIONE DEI RIFIUTI SPECIALI: LE CONSEGUENZE DELLA MANCATA ATTUAZIONE DEL CODICE DELL'AMBIENTE.  
*Nota a Cass., sez. V, 13 aprile 2018, n. 9214* ..... 146  
di Viviana Salerno

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE ..... 150  
a cura di Maria Pia Nastri

## Giustizia contabile

LE SOCIETÀ PARTECIPATE E I BILANCI DEGLI ENTI LOCALI NELLA PROSPETTIVA DELLA CONTABILITÀ PUBBLICA ..... 154  
di Francesco Antonino Cancilla

FUNZIONI COMPENSATIVE, SANZIONATORIE E DETERRENTI NEI GIUDIZI DI RESPONSABILITÀ DINANZI ALLA CORTE DEI CONTI: LA FUNZIONE "MENO CHE COMPENSATIVA" DELL'AZIONE RISARCITORIA PUBBLICISTICA DA DANNO ALLA FINANZA PUBBLICA E LE NUOVE AZIONI SANZIONATORIE SPECIALI ..... 163  
di Pasquale Fava

## Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA ..... 168  
a cura di Celeste Pesce, Francesco Romanelli

## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE  
L'istituto della Banca ore. .... 176  
di Martina Valiante

DIRITTO PENALE  
La tenuta costituzionale della misura di prevenzione personale applicabile allo *stalker* in presenza di gravi indizi. .. 178  
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO  
Società a controllo pubblico c.d. *in house* e assunzione di personale: competenza del Giudice ordinario. .... 183  
di Clara Bianco

## Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA LEGGE DI CONVERSIONE DEL DECRETO FISCALE 2019 E LE NOVITÀ NEL TESTO COLLEGATO ALLA LEGGE DI BILANCIO ..... 186  
di Maria Grazia Savastano

## Recensioni

IL PROCESSO DI ADEGUAMENTO AL GDPR - AGGIORNATO AL D.LGS. 10 AGOSTO 2018, N. 101 di Cassano, Colarocco, Gallus, Micozzi, Soro, Giuffré Francis Lefebvre, 2018, pp. 492 ..... 196  
di Alessandra Commendatore

INDICE DELLE SENTENZE ..... 198

Giulio Napolitano

Professore ordinario di diritto amministrativo – Università degli Studi Roma Tre

## Editoriale

### Il Tar Lazio e la giustizia amministrativa.

### Un primato da difendere (e curare quotidianamente)

#### abstract

*The inaugural remarks of the President of the Regional Administrative Court of Lazio highlight the outstanding role of the Court in the national and in the European judicial system. The achievements in ensuring an effective remedy, however, live together with longstanding and new problems that must be dealt with sound management and careful reforms.*

#### keywords

*Administrative courts – Judicial Review – Right to an effective remedy.*

#### abstract

*La relazione inaugurale dell'anno giudiziario del Presidente Tribunale amministrativo regionale del Lazio evidenzia la posizione di assoluta preminenza e singolarità del Tribunale nel panorama della giustizia amministrativa italiana ed europea. I risultati raggiunti in termini di effettività della tutela, tuttavia, convivono con vecchi e nuovi problemi che devono essere affrontati con la buona gestione quotidiana e interventi di riforma ben calibrati.*

#### parole chiave

*Giudice amministrativo – Sindacato giurisdizionale – Diritto un rimedio effettivo.*

Come è ben emerso nella Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2019 del Presidente Carmine Volpe, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio occupa una posizione di assoluta preminenza e singolarità nel panorama della giustizia amministrativa italiana ed europea.

Da un lato, infatti, il Tar del Lazio riceve circa un terzo di tutti i ricorsi presentati sull'intero territorio nazionale. La sola III sezione è stata chiamata a pronunciarsi su un numero di ricorsi superiore a quello di tutti gli altri tribunali amministrativi regionali. Dall'altro, nessun altro giudice amministrativo di primo grado in Europa è chiamato a pronunciarsi su una varietà tanto estesa qualitativamente e quantitativamente di controversie, da quelle che toccano le decisioni più importanti del Governo a quelle che riguardano materie di minore rilevanza o modico valore.

L'assoluta centralità del Tar Lazio è certamente il frutto di precise scelte del legislatore che hanno inteso concentrare nel foro amministrativo romano la tutela di una serie di controversie particolarmente delicate (si pensi al grande contenzioso economico relativo alle decisioni delle autorità indipendenti come la Consob e l'Autorità antitrust o ai provvedimenti in materia di ammissione alle competizioni sportive di alto livello). Il primato del Tar Lazio, tuttavia, è stato conquistato anche sul campo grazie al lavoro quotidiano di tanti magistrati, a cominciare dal suo Presidente e da quelli delle singole sezioni, che hanno così potuto garantire nella maggior parte dei casi una risposta efficace e tempestiva a una domanda di giustizia sempre più diffusa.

Il Tar Lazio ha così potuto svolgere anche un ruolo rilevante ai fini della costante integrazione dell'ordinamento giuridico italiano in quello europeo, come giustamente rivendicato dal Presidente Volpe in perfetta linea di continuità con quanto affermato dal Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi la scorsa settimana. Fortunatamente, le istanze sovraniste circolanti nel dibattito politico non sembrano aver fatto breccia nel cuore della giustizia amministrativa, evitando così il riemergere di pericolose e antistoriche forme di nazionalismo giuridico.

Non mancano, tuttavia, i problemi aperti. In primo luogo, emerge talora un'eccessiva erraticità di alcuni orientamenti giurisprudenziali, che a volte va al di là del fisiologico margine interpretativo di cui ciascun collegio giustamente dispone. In secondo luogo, permangono alcuni dati preoccupanti, come quelli relativi al sempre imponente arretrato e alla eccessiva lunghezza di alcuni tipi di giudizi. Per affrontarli, come ha suggerito il Presidente Volpe, bisogna agire su almeno due diversi fronti.

Da un lato, bisogna potenziare mezzi e dotazione di personale, prendendo finalmente atto del fatto che il Tribunale amministrativo del Lazio è unicum e non può essere sottoposte alle stesse regole di funzionamento di tutti gli altri. In parallelo, pur con le inevitabili difficoltà di gestione di una organizzazione così ampia e complessa, ci si può chiedere se non sussistano ulteriori margini per ridurre i dislivelli di efficienza tra le singole sezioni, favorendo la diffusione delle migliori pratiche.

Dall'altro, bisogna ridurre l'enorme carico di ricorsi. In tal senso vanno certamente incentivate la mediazione e le altre forme di soluzione alternativa delle controversie. In prospettiva, si può pensare anche ad altri interventi, come il giudizio monocratico sulle controversie di minore rilievo o una parziale e ben calibrata revisione del perimetro della giurisdizione.

Quel che è certo è che per salvaguardare il primato del Tar Lazio e l'effettività della tutela che esso è chiamato a dispensare è necessaria un'attività di costante e responsabile cura da parte di tutti gli attori, dal legislatore a chi amministra la giustizia, dai singoli giudici alla folta schiera degli avvocati.

## Diritto e procedura civile

RIFLESSIONI INTORNO ALLA TRASFORMAZIONE DI SOCIETÀ DI CAPITALI IN TRUST .....	8
di Giulio Mattace	
IL DIFFICILE PERCORSO DI ARMONIZZAZIONE DI UN DIRITTO DELLA CONTABILITÀ A LIVELLO GLOBALE .....	12
di Francesco Cossu	
AUTONOMIA TESTAMENTARIA E COSÌ DETTO TERMINE <i>EX VOLUNTATE TESTATORIS</i> .....	21
di Francesco Meglio	
SU UN CASO DI APATIA ISTRUTTORIA. <i>Nota a Corte di Appello di Potenza, 31 gennaio 2018, n. 47</i> .....	32
di Vincenzo Lombardi	
IL REPECHAGE NEL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO. <i>Nota a Cass., Sez. Lav., sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016</i> .....	38
di Nunzia Tesone	
IL CONTRATTO DI LOCAZIONE, IN CASO DI TARDIVA REGISTRAZIONE, PUÒ COMUNQUE PRODURRE I SUOI EFFETTI CON DECORRENZA “EX TUNC”. <i>Corte di Cassazione, Sezione III civile, 20 dicembre 2018, n. 32934</i> .....	46
di Ylenia Zaira Alfano	
SULLA REVOCATORIA ORDINARIA EX ART. 2901 C.C. DEL TRUST IMMOBILIARE IN SEGUITO AD INTERVENTO IN GIUDIZIO DELLA CURATELA FALLIMENTARE. <i>Nota a Tribunale di Napoli, Sezione II, 23 gennaio 2019, n. 821</i> .....	51
di Enrico Maria Buonfantino	
SULLA NON SOVRAPPONIBILITÀ DEL DANNO MORALE E DEL DANNO ESISTENZIALE. <i>Nota a Cassazione civile, Sezione III, 31 gennaio 2019, n. 2788</i> .....	57
di Giuseppe M. Orlando	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	67
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO .....	69
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	



## Riflessioni intorno alla trasformazione di società di capitali in trust

### abstract

*The overcoming of the typical transformation cases and the principle of continuity as a criterion for determining the availability of the operation hypotheses. The analogies with the transformation from a company into a business partnership and the classification of the transformation from a trust company into the transforming case.*

### keywords

*Trasformazione – Company – Trust.*

### abstract

*Il superamento della tipicità delle fattispecie di trasformazione ed il principio di continuità come criterio per determinare le ipotesi di trasformazione ammissibili. Le analogie con la trasformazione da società in comunione d'azienda e l'inquadramento della trasformazione da società in trust all'interno delle fattispecie trasformatrici.*

### parole chiave

*Trasformazione – Azienda – Fiducia.*

### sommario

1. Profili generali. – 2. Impostazione della problematica. – 3. Il principio di continuità quale strumento per verificare la ammissibilità delle trasformazioni atipiche. – 4. Superamento del principio di tipicità e autonomia delle fattispecie trasformatrici. – 5. Trasformazione di società di capitali in trust: affinità e differenze con la trasformazione in comunione di azienda. – 6. Conclusioni.

#### 1. Profili generali

Nel periodo precedente alla riforma del diritto societario, erano previsti solo casi limitati di trasformazione (trasformazione delle società semplici in società commerciali e viceversa), mentre, invece, nel periodo successivo (dopo l'avvento del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in vigore dal 1° gennaio 2004) i casi di trasformazione sono stati decisamente ampliati.

La trasformazione eterogenea, dal lato civilistico, è adesso ampiamente regolata (dall'art. 2498 all'art. 2500-novies del C.c.).

Permane, la trasformazione omogenea, che è la trasformazione da un tipo all'altro di società, mentre con la trasformazione eterogenea, essa può avvenire da

società in ente non societario e viceversa. E ciò comporta, tra l'altro, il mutamento dello scopo sociale (ad es. da lucrativa a scopo mutualistico senza fine di lucro o viceversa).

In particolare è prevista (dall'art. 2500-septies del C.c.) la trasformazione da società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni.

#### 2. Impostazione della problematica

Sta sempre più emergendo dalla prassi l'interesse a trasformare una società in *trust*<sup>1</sup>. La crisi economica che ha profondamente inciso sul settore immobiliare ha comportato che enti societari, che hanno visto ridotto o, addirittura, quasi azzerato il loro fatturato, in seguito al blocco delle vendite di cespiti immobiliari, anche a causa delle problematiche legate al sistema creditizio, hanno avuto l'esigenza di trasformarsi in *trust*<sup>2</sup>.

Ciò essenzialmente è avvenuto perché le società, non riuscendo a vendere gli immobili, essendo troppo costoso sia lo scioglimento, sia la liquidazione della società hanno richiesto agli operatori del diritto di individuare talune soluzioni per ridurre i costi di detta operazione.

La scelta è ricaduta sulla trasformazione della società in un *trust* irrevocabile per i beneficiari, con l'unico scopo di vendere gli immobili sociali a prezzi maggiormente concorrenziali, pagare i creditori sociali con il ricavato delle alienazioni, attribuire agli *ex* soci il residuo attivo della liquidazione in proporzione alle quote di partecipazione possedute in società<sup>3</sup>.

Negli atti istitutivi del *trust*, con scopo essenzialmente liquidatorio, venivano individuati quali primi beneficiari i ceditori sociali e quali beneficiari secondari gli *ex* soci.

La trasformazione viene deliberata in sede di assemblea straordinaria, con le maggioranze previste per legge, e al relativo verbale viene allegato il regolamento del *trust*.

<sup>1</sup> Sul punto cfr. B. FRANCESCHINI, *Trasformazione di s.r.l. in trust: dalla teoria alla pratica. Analisi di due esperienze professionali*, in A.A.V.V. QUADERNI. *Trust e attività fiduciarie*, 2011, 237 ss.

<sup>2</sup> Analizza compiutamente la prassi della trasformazione di società in *trust*, trattando anche alcuni casi pratici, B. FRANCESCHINI, 240.

<sup>3</sup> B. FRANCESCHINI, *op. ult. cit.*

### 3. Il principio di continuità quale strumento per verificare l'ammissibilità delle trasformazioni atipiche

Il *favor transformationis* espresso dal legislatore della riforma ha una indubbia rilevanza sistematica, in quanto l'istituto *de quo* cessa di essere uno strumento di evoluzione organizzativa di enti di tipo societario e diventa, per contro, un'operazione che l'autonomia privata può utilizzare altresì per attuare il passaggio a strutture con scopo istituzionale diverso.

All'interno di questo quadro di atipicità si colloca la trasformazione della società in *trust*, la quale rappresenta senz'altro, un'operazione in astratto meritevole di tutela, potendo essere destinata ora alla valorizzazione dei beni sociali, ora ad una liquidazione più efficiente e con minori costi.

Questo tipo di trasformazione si caratterizza anche per il fatto che da una persona giuridica, con soggettività piena, si passa ad una struttura qual è il *trust*, priva di soggettività, costituendo lo stesso un patrimonio separato con l'effetto di segregare i beni all'interno di un patrimonio di un determinato soggetto, il *trustee*, per il raggiungimento di uno specifico scopo e per il soddisfacimento di determinati beneficiari<sup>4</sup>.

Si sostiene che quanto regolato dagli artt. 2500-*septies* e *octies* c.c. non vuole significare un assetto di fattispecie individuate cui il legislatore ha voluto estendere gli effetti della trasformazione, uno per tutti il principio di continuità, bensì si è voluta accogliere un'impostazione secondo la quale il procedimento di cui agli artt. 2498 ss. c.c. è usufruibile ogni volta che voglia modificare *in toto* la struttura organizzativa dell'ente, a prescindere dalla sua struttura originaria e dalla struttura di arrivo, a trasformazione avvenuta<sup>5</sup>.

Il principio di libera trasformabilità si fonda su argomentazioni di carattere formale, quale è quello del titolo codicistico, definito "della trasformazione"; piuttosto che "della trasformazione di società", inoltre viene spesso volte utilizzato il termine "ente", anziché quello di società. Ciò farebbe propendere per una più ampia portata dell'istituto.

La ricostruzione sul *numerus clausus* dei tipi di trasformazione deve essere rivisitato alla luce del nuovo disposto dell'art. 2498 c.c., che individua nel principio di continuità uno strumento, con un'indubbia rilevanza sistematica, che l'autonomia privata può utilizzare per verificare le ipotesi di trasformazioni atipiche che possano trovare accoglimento nel nostro ordinamento.

<sup>4</sup> A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-ter cc*, in *Riv. Not.*, 2008, 5, 993 ss. M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. Not.*, 2009, 557 ss.

<sup>5</sup> Per un'opinione favorevole ad una estensione della disciplina codicistica della trasformazione ai casi non espressamente contemplati vedi A. PISANI MASSAMORMILE, *Trasformazione da e in società di avvocati*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005; I, 213-214; A.A. GENOVESE, *La trasformazione eterogenea*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Genovese, Torino, 2004, 57.

### 4. Superamento del principio di tipicità e autonomia delle fattispecie trasformatrice

L'inesistenza di interessi sostanziali che possano inficiare il principio della libertà delle fattispecie trasformatrice porta però a superare il detto ragionamento.

La neutralità dell'operazione di trasformazione rispetto agli interessi coinvolti ed esterni conforta il detto assunto.

All'interno del microsistema normativo sulle trasformazioni è stato previsto il diritto di opposizione di cui all'art. 2500-*novies* c.c., che rappresenta un meccanismo di conservazione della garanzia patrimoniale per i creditori della società alternativo a quello della revocatoria<sup>6</sup>.

Il rimedio dell'opposizione di cui all'art. 2500-*novies* c.c., pur costituendo un rimedio di natura eccezionale in un'ottica sistematica di carattere generale, all'interno del micro sistema normativo delle trasformazioni, principio estensibile anche alle altre operazioni straordinarie in cui è previsto un rimedio analogo (fusioni, scissioni e riduzione reale e del capitale), rappresenta uno strumento ordinario<sup>7</sup>.

E in questa logica sembra altresì estensibile alle operazioni di trasformazione eterogenea non espressamente previste dal legislatore il meccanismo della liberazione dei soci illimitatamente responsabili previsto dagli artt. 2500-*quinquies*, secondo cui, eccezionalmente, la liberazione del debitore si produce per effetto del silenzio del creditore.

A conforto di quanto sopra sostenuto è possibile rilevare che, dopo la riforma del 2003, pare emergere un principio di fungibilità degli schemi organizzativi, che prescinde dalla causa iniziale per cui si sono formati, che porta a ritenere che non sussista nessuna ragione di carattere formale o sostanziale per limitare l'ambito di operatività degli artt. 2500-*septies* e *octies* ss. c.c. soltanto alle fattispecie indicate.

Preso atto che il detto principio di tipicità non abbia una base giuridica certa in alcuna norma del nostro ordinamento, si apre la concreta possibilità di ritenere meritevole di legittimità la trasformazione di un ente societario in *trust*<sup>8</sup>.

È però necessario per l'interprete individuare un criterio idoneo per selezionare i casi di trasformazione non espressamente previsti ritenuti idonei a far ingresso nel nostro ordinamento. L'unico criterio, che peraltro è evidenziato dallo stesso legislatore, è quello della continuità dei rapporti giuridici.

<sup>6</sup> Sull'alternatività dello strumento dell'opposizione rispetto alla revocatoria vedi per tutti N. GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1061.

<sup>7</sup> Con riguardo all'opposizione riconosciuta ai creditori nella fusione e nella scissione cfr. N. GASPERONI, *cit.*, 1061; M. S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 113 ss.

<sup>8</sup> A differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco in cui sussiste un principio del *numerus clausus* delle operazioni di ristrutturazione sancito dell'Umw G del 1994, cfr. P. LUTTER, *Umwandlungsgesetz Kommentar*, I, Koln, 200, 134 ss.

## 5. Trasformazione di società di capitali in trust: affinità con la trasformazione in comunione d'azienda

A questo punto dell'indagine, sembra utile approfondire le similitudini e le diversità esistenti tra la trasformazione di società in comunione d'azienda, con la fattispecie atipica della trasformazione di società in *trust*, atteso che in entrambi i casi siamo di fronte a due operazioni in cui dalla trasformazione si verifica un'estinzione della società oggetto del procedimento, senza alcuna attività di liquidazione e senza la nascita di un nuovo soggetto di diritto, atteso che né la comunione d'azienda, né il *trust*, possono essere qualificati enti dotati di autonomia patrimoniale, come meglio in appresso vedremo.

Anzi nell'ipotesi in cui dalla trasformazione nasca un *trust*, in cui vengono nominati quali *trustee* tutti gli *ex* sodali che in tal modo divengono comunisti dell'azienda vincolata in *trust*, si può ben comprendere la ragione per cui un approfondimento, unicamente finalizzato all'oggetto del presente lavoro, della trasformazione della società in comunione d'azienda appare più che mai opportuno.

*Prima facie*, sembrerebbe che la trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione d'azienda sia incompatibile con il sopra enunciato principio di continuità nell'attività d'impresa.

In questo caso, invero, il principio della continuità dell'attività d'impresa è sempre presente, anche se opera sullo sfondo, in quanto l'inserimento di questa fattispecie all'interno sistema normativo sulle trasformazioni trova il proprio fondamento nello scopo di evitare la disgregazione del patrimonio aziendale. L'elemento di continuità deve individuarsi nell'azienda quale complesso di beni funzionalmente destinato allo svolgimento di un'attività, anche meramente potenziale d'impresa<sup>9</sup>.

La mancanza di soggettività giuridica e di autonomia patrimoniale non costituisce un valido assunto per ritenere inesistente l'interesse alla continuità nella fattispecie *de qua*, poiché la trasformazione è diretta a conservare la funzionalità del patrimonio aziendale in vista di un futuro affitto o usufrutto dell'azienda.

Quando infatti la trasformazione della società di capitali in comunione d'azienda produce i propri effetti, il suo patrimonio si trasferisce pro quota ai soci, che di conseguenza divengono comunisti del complesso aziendale, con l'effetto dell'estinzione dell'ente originario e con la successione di tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, che prima facevano capo alla società estinta.

Certamente sussistono degli elementi di affinità tra la trasformazione di una società di capitali in un *trust*, e l'analoga operazione di trasformazione in comunione d'azienda, in quanto in entrambi i casi si tratta di

fattispecie in cui oggetto della trasformazione non è un ente dotato di soggettività giuridica.

Il *trust* non è altro che un patrimonio segregato.

Connesso, ma distinto dal fenomeno della separazione è quello della "destinazione patrimoniale", cioè della destinazione di determinati beni e diritti al raggiungimento di uno specifico scopo<sup>10</sup>.

Con l'atto di destinazione si obbliga taluno a perseguire le finalità indicate dal disponente nell'atto negoziale, potendo quest'ultimo e i terzi interessati agire contro il medesimo per vedere realizzare proprio quelle finalità<sup>11</sup>.

Dalla trasformazione della società in *trust*, dunque, non nasce nessun nuovo soggetto di diritto stante la natura di patrimonio segregato del *trust*, di conseguenza l'azienda viene imputata direttamente al *trustee*. A ricoprire l'incarico di *trustee* possono essere tutti gli *ex* soci, ma potrebbe verificarsi anche l'ipotesi in cui *trustee* venga nominato un solo socio. In questa fattispecie le analogie con la trasformazione della società in impresa individuale sono evidenti<sup>12</sup>.

## 6. Conclusioni

Proseguendo il ragionamento, un'identità tra la trasformazione della società in comunione d'azienda o in un'impresa individuale e quella in un *trust*, anch'esso privo di ogni soggettività giuridica, è certamente rinvenibile.

Il riconoscimento legislativo della trasformazione della società in comunione d'azienda non costituisce

<sup>10</sup> A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-ter cc.*, in *Riv. Not.*, 2008, 5, 993 ss.

<sup>11</sup> R. FRANCO, *Il nuovo art. 3645-ter cod. civ.*, in *Notariato*, n. 2006, 3, 2, n. 3; M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Consiglio nazionale del notariato, Atti di destinazione. Guida alla redazione*, studio n. 357-2012/C, approvato in data 9 maggio 2012.

<sup>12</sup> E anche con riguardo all'ammissibilità di questo tipo di trasformazione la dottrina appare divisa non mancando l'opinione di quegli autori che ritengono che nella fattispecie *de qua* si è fuori dallo schema della trasformazione, che è un istituto destinato alla regolamentazione di strutture organizzate. Ciò si ricaverebbe anche dallo stesso disposto legislativo (artt. 2498 e 2500 comma 2 cc), ove è spesso contenuta la locuzione "ente" (così M. BIANCA, *Diritto civile, 1, La norma giuridica - I soggetti*, Padova, 2002, 311) anziché quella di soggetto o di persona, che avrebbe potuto anche consentire una estensione della detta normativa. Per questo orientamento cfr. A. GAMBINO - D.U. SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, 2006, 326. Ammessa in forza di un'espressa previsione legislativa la trasformazione della società in comunione d'azienda, non sembra sia peregrina la possibilità di inquadrare il passaggio da società ad impresa individuale nello schema della trasformazione, in questo senso, A. GENOVESE, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di Genovese, Torino, 2004, 69; F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, n. 174, 415; M. PINARDI, *La trasformazione*, Milano, 2005, 321 ss.; M. SARALE, *Il nuovo diritto societario. Commentario*, a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, III, Bologna, 2004, 2223 e 2231.

<sup>9</sup> G. MARGIOTTA, *Le trasformazioni eterogenee nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Not.*, 2006, 994.

la base legislativa per tutte quelle fattispecie trasformatrici c.d. atipiche.

In tale contesto, il combinato disposto degli artt. 2498 c.c. e 2500-*septies* e *octies* rappresentano un paradigma diretto ad accogliere all'interno dello schema della trasformazione quelle fattispecie non espressamente regolate, ma che superano il giudizio di meritevolezza degli interessi sottesi all'operazione e che si caratterizzano per l'assenza di un soggetto di diritto, cui imputare i rapporti derivanti dalla trasformazione e il superamento della procedura di liquidazione delle società di capitali.

Invero sia per l'ipotesi della trasformazione della società in impresa individuale, che quella in un *trust*, gli effetti giuridici che ne scaturiscono rinvergono il loro addentellato normativo nella trasformazione della società in comunione d'azienda.

Difatti nell'ipotesi di trasformazione della società di capitali in un *trust*, l'intera azienda sociale diviene nella titolarità del *trustee*, il quale potrebbe essere sia una persona fisica, che diventerebbe titolare di un patrimonio segregato avente ad oggetto i rapporti prima imputabili alla società, con l'evidente analogia con la trasformazione di un ente societario in impresa individuale.

*Trustees* potrebbero essere nominati anche più soggetti, magari gli *ex* soci dell'ente oggetto della trasformazione. In questo caso, la similitudine con l'istituto della comunione d'azienda è evidente in quanto i *trustees* diverrebbero comunisti dell'azienda sociale, con la differenza che l'azienda sociale non entra a far parte del loro patrimonio personale, bensì di un patrimonio segregato con il vincolo del *trust*.

L'effetto precipuo, dunque, di questo tipo di trasformazione è quello di imputare l'azienda sociale ai soci *uti singuli*, ma in qualità di *trustees*, con la costituzione di un patrimonio separato e destinato ad un determinato scopo, collocato all'interno del loro patrimonio generale; senza che dall'operazione nasca un nuovo soggetto di diritto.

In punto di disciplina, e soprattutto in quest'ultima fattispecie, non è revocabile in dubbio l'applicazione della normativa sulle trasformazioni eterogenee, sia quella di carattere generale (artt. 2498-2500-*bis*), sia quella speciale (dedicata esclusivamente alle trasformazioni eterogenee) all'ipotesi oggetto della presente indagine.

Ed in forza dell'art. 2499 c.c., la trasformazione della società in *trust* è compatibile anche con un eventuale scopo liquidatorio.

## Il difficile percorso di armonizzazione di un diritto della contabilità a livello globale

### abstract

*In this paper the main steps undertaken by the various international bodies will be reviewed in order to make the different accounting standards global, trying to analyze those that were the main and obvious obstacles, providing a positive interpretation of the possibility of convergence of international accounting standards. Attempts to establish international accounting standards began in the 1970s, following the establishment of the International Accounting Standards Committee (IASC), and subsequently renamed the International Accounting Standards Board (IASB). In 2002, the Financial Accounting Standards Board (FASB), in the United States, signed the Norwalk Agreement with the IASB, with the aim of developing accounting principles, the result of a convergent vision, which would have led to significant changes to US GAAP and to International Financial Reporting Standards (IFRS). IFRS have had a varying degree of influence in the various European countries, so that in some cases they have become generally the reference principles; at the same time, in other cases, while recognizing a certain influence of the IFRS, they maintained their own independent standards. Despite significant developments, important differences persist and it can not be said that the objective of a complete harmonized recognition of a single accounting legislative corpus is achieved. Failure to achieve convergence has different motivations ranging from the profound divisions between rules-based and principles-based criteria to the idea of US exceptionalism.*

### keywords

*IFRS – U.S. GAAP – Harmonization – International accounting – Convergence – Norwalk Agreement.*

### abstract

*Nel presente lavoro saranno ripercorse le principali fasi intraprese dai vari organi internazionali al fine di rendere unitarie le diverse norme contabili a livello globale, cercando di analizzare quelli che sono stati i principali ed evidenti ostacoli, fornendo una chiave di lettura positiva alla possibilità di convergenza dei principi contabili internazionali per le imprese aventi azioni quotate nelle borse valori. I tentativi di fissare principi contabili internazionali hanno avuto inizio negli anni '70, a seguito della costituzione dell'International Accounting Standards Committee (IASC), e rinominata in un secon-*

*do momento, International Accounting Standards Board (IASB). Nel 2002, il Financial Accounting Standards Board (FASB), negli Stati Uniti, stipulò con lo IASB l'Accordo di Norwalk, con l'intento di elaborare principi contabili, frutto di una visione convergente, che avrebbe comportato rilevanti modifiche agli US GAAP e agli International Financial Reporting Standards (IFRS). Gli IFRS hanno avuto un grado di influenza variabile nei diversi Paesi europei, cosicché in alcuni casi essi sono diventati in generale i principi di riferimento; al contempo, in altri casi, pur riconoscendo una certa influenza degli IFRS, hanno mantenuto i propri standard indipendenti. Nonostante i significativi sviluppi, persistono importanti differenze e non può dirsi che l'obiettivo di un completo riconoscimento armonizzato di un unico corpus legislativo contabile sia raggiunto. Il mancato raggiungimento della convergenza ha diverse motivazioni che vanno dalle profonde divisioni tra criteri basati su regole e quelli basati su principi all'idea di eccezionalità statunitense.*

### parole chiave

*IFRS – U.S. GAAP – Armonizzazione – Contabilità internazionale – Convergence – Accordo di Norwalk.*

### sommario

**1.** Introduzione. – **2.** La crescita dell'internazionalizzazione e l'esigenza di una normativa contabile comune. – **3.** Le caratteristiche generali dei principi contabili internazionali: principali ostacoli per una completa accettazione. – **4.** Il percorso verso il tramonto della convergenza. – **5.** Le caratteristiche formali dei principi contabili internazionali. – **6.** La teoria della legittimità quale possibile strada per un riconoscimento globale dei principi contabili internazionali.

### 1. Introduzione

Dopo la seconda guerra mondiale, si è avuto un incremento degli scambi internazionali. Successivamente, nel decennio 1960, si sviluppò un crescente interesse per l'internazionalizzazione delle regole in materia di contabilità, mentre la crescita della natura multinazionale delle imprese rendeva via via più evidente il problema rappresentato dalla diversità dei sistemi contabili sviluppati nei singoli Paesi. La discrepanza nelle regole di preparazione dei documenti contabili rendeva impossibile paragonare i bilanci redatti

in un Paese con quelli provenienti da un Paese diverso, il che rappresentava un ostacolo agli investimenti e alle decisioni di natura commerciale<sup>1</sup>.

I ricercatori si sforzarono allora di identificare i fattori che influenzassero i regolamenti contabili in vigore nei singoli Paesi, con l'obiettivo di individuare i tratti capaci di ostacolarne l'espansione ad un riconoscimento internazionale<sup>2</sup>. I fattori determinati comprendevano: diversità sistemi legaldivisi in common law e civil law; tipologia di imprese e proprietarie cui differenze tra stati sono da ricercare in relazione ai finanziamenti, dimensione organizzativa, complessità e proprietà; diverse Borse valori consolidate e dotate di Autorità in merito a quali dati finanziari le società siano tenute a fornire; la presenza di una solida base di professionisti contabili che comporta una revisione di qualità dei bilanci<sup>3</sup>.

Sebbene i ricercatori non fornissero alcuna linea guida volta all'ottenimento di una maggiore internazionalizzazione in campo contabile, i loro sforzi generarono comunque discussioni e dibattiti e spinsero i Paesi a cercare possibili soluzioni. Venne a delinearsi la possibilità di scegliere tra due visioni alternative: tutti i Paesi avrebbero potuto adottare i principi contabili degli Stati Uniti, le cui basi erano molto solide, oppure un organo internazionale avrebbe potuto occuparsi della definizione di nuovi criteri<sup>4</sup>.

Fu deciso, così, di dar vita alla *Financial Accounting Foundation*, che istituì il *Financial Accounting Standards Board* – FASB, composto da membri indipendenti, il quale cominciò ad operare nel gennaio del 1973 (emettendo gli *Statements of Financial Accounting Standards* – SFAS).

Gli Stati Uniti implementavano procedure di regolazione contabile molto rigorose, attraverso la *Securities and Exchange Commission* (SEC) e il FASB<sup>5</sup>, tuttavia, si presentò un serio ostacolo: molti Paesi erano riluttanti ad abbandonare i propri principi contabili<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, in *Review of Integrative Business and Economics research*, Vol. 7, 2017, 93

<sup>2</sup> MUELLER G.G., *International Accounting*, New York, Macmillan, 1967; FRANK W.G., *An Empirical Analysis of International Accounting Principles*, in *Journal of Accounting Research*, 593-605, 1979; NOBES C.W., *A Judgemental International Classification of Financial Reporting Practices*, in *Journal of Business, Finance and Accounting*, 1-19, 1983.

<sup>3</sup> Anche la cultura è tra i fattori da prendere in considerazione ed è connessa ad altri fattori tra quelli segnalati, anche se non è affatto semplice definirne il peso e l'influenza.

<sup>4</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 94.

<sup>5</sup> La SEC era stata istituita nel 1934 con la Legge in materia di scambio titoli, che aveva conferito all'istituto molti poteri al fine di ristabilire la fiducia degli investitori nei mercati di capitali, dopo la crisi dei mercati azionari avvenuta nel 1929 e aveva, pertanto, una vasta esperienza nel ruolo di organismo regolatore.

<sup>6</sup> L'espressione "principi contabili" (internazionali o nazionali) ha un significato ben preciso: cioè identifica l'insieme di standard o criteri, che regolano (a livello internazionale o nazionale) la

in favore di quelli statunitensi, il che rese più accettabile la seconda alternativa, ossia la costituzione di un organo internazionale che avrebbe fissato i principi da seguire.<sup>7</sup>

L'azione del FASB si indirizzò alla produzione di orientamenti contabili *rule-based*, che non evitarono un'ulteriore crisi connessa agli scandali contabili e finanziari iniziati con la Enron e che poi avrebbe condotto all'emanazione, nel 2002, del *Public Company AccountinReform and Investor ProtectionAct*, detta anche *Sarbanes-OxleyAct*, con la quale si introdussero obblighi in materia di certificazione delle informazioni finanziarie, trasparenza contabile e responsabilità personale ed oggettiva di figure apicali rispetto alla bontà dell'informativa di bilancio.<sup>8</sup>

Anche sotto la spinta della SEC, l'AICPA, diede vita nel 1959 ad un nuovo comitato: l'*Accounting Principles Board*, che avrebbe avuto quale proposito quello di ridurre le procedure in uso nella pratica e di intraprendere un percorso di sistemazione della disciplina.<sup>9</sup>

Nel 1973, gli istituti contabili di Australia, Canada, Francia, Germania, Messico, Paesi Bassi, Regno Unito, Islanda e Stati Uniti diedero vita allo IASC, ma non era un organismo solido e i suoi poteri erano limitati, cosicché i Paesi principali non rinunciarono ai propri principi contabili.<sup>10, 11</sup>

formazione dei valori e dei dati che compongono l'informazione di bilancio, approvati ed enunciati da *standard setters* autorevoli, e che abbiano riconosciuta e generale accettazione. Inoltre, il termine "principio" non è assunto nel senso di "concetto fondamentale", da tenere a base di ordinarie costruzioni teoriche, né in quello di "generale criterio", al quale ispirare la tenuta dei concreti comportamenti operativi. Al termine, in realtà, è da attribuire più semplicemente un contenuto prescrittivo, molto più analitico e orientato all'operativo, una regola o standard di comportamento. POTITO L., *Principi contabili internazionali (IAS/IFRS): cenni storici e profili critici per una lettura disincantata*, in *Giur comm.*, 2014, I, 713.

<sup>7</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 94.

<sup>8</sup> DI LAZZARO F. - FABI T. - TEZZON M., *Principi contabili internazionali: temi e applicazioni*, Torino, 2018, 5

<sup>9</sup> POTITO L., *Principi contabili internazionali (IAS/IFRS): cenni storici e profili critici per una lettura disincantata*, cit., 715, per il quale, nonostante gli obiettivi iniziali, l'attività dell'*American Accounting Association* risultò essere un fallimento perché i membri del *Board*, continuavano a svolgere la propria attività di consulenti o di revisori e prediligevano sottoporre le questioni di cui si occupavano personalmente influenzando, così, i pronunciati nell'interesse delle società e dei gruppi di cui ne seguivano gli interessi.

<sup>10</sup> IASC (*International Accounting Standards Committee*): un comitato costituito nel 1973 ad opera dell'*International Federation of Accountants* (IFAC), organismo rappresentativo della professione contabile internazionale.

<sup>11</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 95: "In 1992, the three standard setting bodies of Canada, the United Kingdom, and the United States met to discuss some of the accounting issues confronting them. The three countries agreed to work jointly in seeking a solution. Australia later joined the working group, as did New Zealand. This was the start

Nel gennaio del 2001, ci si accordò sulla costituzione di un nuovo organo – lo IASB – che aveva il compito di assumere le funzioni dello IASC.

Nel 2002, IASB e FASB sottoscrissero il *Norwalk Agreement* in cui risiedeva l'impegno a sviluppare un sistema di principi contabili volti alla convergenza tra US-GAAP e IAS/IFRS.<sup>12</sup>

## 2. La crescita dell'internazionalizzazione e l'esigenza di una normativa contabile comune.

Fu soltanto nel 1988, quando lo IASC aveva elaborato quasi 30 principi separati, che il FASB rese pubblicamente nota la propria posizione in materia di contabilità internazionale, dichiarando che avrebbe supportato lo sviluppo di *standard* internazionali superiori destinati gradualmente a sostituire quelli nazionali. Il FASB riteneva di poter contribuire al miglioramento degli IAS prendendo parte al gruppo consultivo dello IASC ed espandendo e rafforzando i rapporti con gli organi nazionali incaricati di definire i principi contabili, fornendo anche analisi sistematiche di grande portata della dottrina contabile, favorendo i commenti alle bozze di documenti rilasciati dal FASB in una prospettiva internazionale, discutendone con i vertici dello IASC attraverso conferenze internazionali ricercando professionisti con esperienza estera, affinché entrassero a far parte dello staff del FASB.<sup>13</sup>

La dichiarazione del FASB, relativa a un maggiore impegno in favore dell'internazionalizzazione, fu accolta con entusiasmo dallo IASC. Era difficile asserire che i principi contabili fossero allora internazionali, dato che i maggiori mercati non li adottavano.

Ulteriori tracce da cui si evinceva un aumento dell'interesse in tal senso, giunsero nel 1999, allorché il FASB e il suo organo di supervisione, la *Financial Accounting Foundation* (FAF), espose pubblicamente la propria visione relativa al futuro della contabilità internazionale.

Essi sostenevano che il risultato al quale aspirare

---

*of the G4+1. The U.S. was not active in these discussions. G4 + 1 addressed several accounting transactions from a strong conceptual basis. It also became deeply involved with discussions on the structure and effectiveness of the IASC. In the proposals that the group made on the future of the IASC, it appeared to many critics that the G4 + 1, a small group of companies, would have power over international accounting standards. The group denied that this was their intent, but there is no doubt of their strong influence over the nature of international accounting standard-setting at that time".*

<sup>12</sup> DI LAZZARO F. - FABI T. - TEZZON M., *Principi contabili internazionali: temi e applicazioni*, cit., 5. Nel 2007 la SEC abolì l'obbligo della riconciliazione dei bilanci IAS/IFRS con gli US-GAAP per le società estere quotate sui mercati statunitensi. Nel frattempo in Europa il costituito mercato comune dei beni, dei servizi e dei capitali, rappresentante uno degli obiettivi prioritari del Trattato CEE del 1957, imponeva l'adozione di un linguaggio contabile condiviso, orientato alla redazione e rappresentazione uniforme dei bilanci.

<sup>13</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 96.

fosse l'uso, a livello mondiale, di un unico insieme di norme contabili di elevata qualità tanto per la rendicontazione interna ai singoli Paesi, che per quella destinata a essere impiegata oltre i confini nazionali. Per conseguire tale obiettivo, il FASB avrebbe dovuto assumere un ruolo di guida nell'evoluzione di norme contabili internazionali, impegnandosi a garantire la fornitura delle risorse necessarie ad assicurarsi che i principi internazionali sviluppati fossero effettivamente di elevata qualità.<sup>14</sup>

Tra i Paesi che si riunirono nel 1973 per promuovere l'adozione di regole contabili internazionali, non si registrarono sforzi particolarmente significativi in tale direzione; soltanto molti anni dopo, quando il coinvolgimento americano si era ormai consolidato, anche gli altri Paesi iniziarono a implementare cambiamenti<sup>15,16</sup>

Lo IASC era un'organizzazione privata e non governativa, che riceveva scarsi finanziamenti e impiegava un *team* di esperti di principi contabili che lavoravano *part-time* e si incontravano tre o quattro volte all'anno in diverse città del mondo e, nonostante avesse limitate risorse a disposizione, i risultati dello IASC furono notevoli. Esso pubblicò i primi principi contabili nel gennaio 1975, con lo *IASI Disclosure of Accounting Principles* (Diffusione dei principi contabili internazionali), seguito nell'ottobre dello stesso anno dall'*IAS 2 Inventories* (Elenco degli IAS 2). Sebbene non si possa criticare lo IASC per il numero e la qualità dei principi pubblicati, va comunque rilevato che le principali economie nazionali continuarono ad utilizzare i propri principi contabili, che differivano da quelli internazionali in maniera sostanziale. Per migliorare la situazione, sarebbe stata necessaria una completa trasformazione dello IASC oppure la costituzione di un nuovo e più potente organismo.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 93 per la quale "It was recognized that, if a quality international accounting standard-setting structure and process were established, it could lead to structural and procedural changes to the FASB, as well as potential changes in its national role. The details of such changes were not fully investigated. In pursuing this vision, the FASB stated that it should retain its worldwide leadership role in standard setting and believed that «worldwide acceptance of internationally recognized standards and a global standard-setting process is impossible without U.S. acceptance and participation.» (FASB, 1999)".

<sup>15</sup> L'Australia istituì il Consiglio Australiano per i Principi Contabili nel 1991, ma solo nel 2007 modificò i propri principi per renderli conformi ai criteri internazionali. In Canada, i principi internazionali divennero obbligatori nel 2001, mentre l'Unione Europea impose alle società di aderire agli standard internazionali a partire dal 2005.

<sup>16</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 93: "Although enthusiasm had been expressed in 1973 for accounting internationalisation, progress was slow".

<sup>17</sup> Oggi ha sede in *Delaware* e sede operativa a Londra e il principale organo direttivo è costituito dai *Trustees*, in numero di ventidue (di cui 6 provenienti dal Nord America, 6 dall'Europa, 6 da

Lo IASB, costituito ufficialmente nell'aprile del 2001, poteva godere di maggiori sovvenzioni con il chiaro obiettivo di realizzare la convergenza dei principi contabili nazionali e della contabilità internazionale, così da produrre soluzioni di elevata qualità alle problematiche di natura contabile con cui le società di tutto il mondo erano costrette a misurarsi<sup>18, 19</sup>.

Esso fu considerato come il primo passo per promuovere la convergenza verso principi contabili di elevata qualità. L'obiettivo del *Board* era quello di rivedere e ripubblicare dodici principi contabili entro il primo semestre del 2003: tempistiche molto strette, ma che testimoniavano quanto gli Stati Uniti avessero preso sul serio la questione dell'internazionalizzazione dei principi contabili.<sup>20</sup>

L'accordo prevedeva che i *finalagreedstandards* fossero di natura internazionale e che gli Stati Uniti li adottassero. Non è chiaro se le parti firmatarie dell'Accordo avessero previsto che il raggiungimento di tale

---

Asia/Oceania e i rimanenti da altre aree del mondo) e assicurano il finanziamento dell'intera organizzazione, indicano le strategie generali, approvano il rendiconto annuale e nominano i membri di tutti gli altri organi di governo e stabiliscono le relative procedure operative. Il *Board* è il principale organo operativo ed emana gli IFRS procedendo anche alla loro revisione e dei precedenti IAS, ove necessario. Il *Board* è composto da 16 membri e la loro scelta è in funzione delle loro qualifiche ed esperienze professionali e in relazione ad una rappresentazione geografica (4 membri dal Nord America, 4 dall'Europa, 4 da Asia/Oceania, 1 da Africa, 1 dall'America del Sud e 2 da qualsiasi altra parte del mondo). Essi durano in carica per cinque anni, rinnovabili per una volta.

<sup>18</sup> Nel 2002, David Tweedie, da poco nominato Presidente dello IASB, affermò con chiarezza di avere come obiettivo la diffusione dei principi contabili internazionali negli Stati Uniti. Tale obiettivo fu reso possibile dalla nomina, nel giugno del 2002, di un nuovo Presidente del FASB – Robert Herz –, dottore commercialista britannico. Herz introdusse nel modo di pensare americano una nuova visione internazionale. Il difficoltoso e graduale processo di costruzione del rapporto tra Stati Uniti e organi incaricati di definire i principi contabili internazionali è stato ben documentato da Kirsch (2012).

<sup>19</sup> Si comprese quanto fosse improbabile che gli Stati Uniti adottassero tutti i principi contabili internazionali già pubblicati. Pertanto, la strategia adottata fu basata sulla modifica tanto dei principi statunitensi che di quelli internazionali, così da far emergere un "nuovo" insieme di principi che fosse ritenuto accettabile. Tali criteri avrebbero dovuto essere di elevata qualità e godere del riconoscimento e dell'accettazione internazionali. Tale processo di convergenza non consisteva quindi nella creazione di principi completamente nuovi partendo da zero, quanto piuttosto nella fusione delle migliori qualità dei criteri già esistenti; ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 97.

<sup>20</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 97: "In 2002, the recently appointed Chair of the IASB, David Tweedie, made clear his aim of spreading international accounting standards to the U.S. His objective was made possible by the appointment in July 2002 of a new FASB Chair, Robert Herz, who was a qualified UK chartered accountant. Herz added a fresh international dimension to the American way of thinking. The difficult, gradual building of a relationship between the U.S. and the international accounting standard setters have been well-documented by Kirsch (2012)".

obiettivo avrebbe comportato la chiusura del FASB, dato che tutti i futuri principi contabili sarebbero stati elaborati dallo IASB.<sup>21</sup>

Il *Norwalk Agreement* indicava quali obiettivi che FASB e IASB avrebbero dovuto raggiungere la compatibilità dei principi contabili esistenti nel minor tempo possibile e assicurare un coordinamento nei loro rispettivi programmi al fine di raggiungere la compatibilità dei sistemi contabili. Inoltre la azione che avrebbero dovuto intraprendere era un progetto a breve termine finalizzato ad appianare un certo numero di differenze tra i GAAP statunitensi e gli IFRS erimuovere le differenze tra IFRS e GAAP statunitensi ancora esistenti al 1° gennaio 2005, coordinando futuri programmi di lavoro, nonché continuare a lavorare sui progetti condivisi in corso ed incoraggiare i propri organi interpretativi a coordinare le proprie attività.<sup>22</sup>

I problemi da affrontare per attuare il programma di convergenza furono evidentemente sottostimati. Sebbene si sostenesse che le differenze tra GAAP statunitensi e principi internazionali non fossero insormontabili<sup>23</sup>, è stato comunque riconosciuto che "for many countries convergence with international accounting standards will be a monumental task"<sup>24, 25</sup>.

Vi era poi un'ulteriore problematica non presa in considerazione: se la convergenza si fosse realizzata anche attraverso un rimodellamento dei principi internazionali già esistenti, i Paesi che li avessero già adottati avrebbero dovuto apportare modifiche alle proprie pratiche contabili, sebbene "the goal of their convergence efforts was common standards, they sometimes fell short of that objective"<sup>26</sup>.

Il fine doveva essere quello di mettere a punto principi di alto livello qualitativo, non esisteva alcuna definizione di "high quality" e sorge il dubbio che, se si fossero apportate delle modifiche, i principi esistenti e applicati fino ad allora dovevano essere considerati di scarsa qualità.

Secondo la SEC, *stated that high quality standards*

---

<sup>21</sup> Anche la posizione della SEC non era stata vagliata a sufficienza. Tale organo era stato costituito nel 1934, per far sì che gli investitori ricevessero informazioni finanziarie affidabili e che il mercato seguisse regole chiare nelle transazioni, e l'abbandono di principi contabili nazionali ne avrebbe certamente indebolito l'autorità.

<sup>22</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 99.

<sup>23</sup> STREET S. - GRAY S. - BRYANT S., *Acceptance and Observance of International Accounting Standards*, in *The International Journal of Accounting*, 11-48, 1999.

<sup>24</sup> STREET D.L., *Benchmarking National Accounting Standards against IAS*, in *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, 77-94, 2002.

<sup>25</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 99.

<sup>26</sup> KIRSCH R.J., *The Evolution of the Relationship between the US Financial Accounting Standards Board and the International Accounting Standard Setters: 1973-2008*, in *Accounting Historians Journal*, 1-51, 2012.

*must have consistency, comparability, relevance and reliability. The objective of the standards is to provide information that is useful for lenders, investors, creditors and others who make capital allocation decisions: un assunto ovvio, ma che presenta difficoltà*<sup>27</sup>.

I criteri di *rilevanza e affidabilità* spesso prevedono decisioni che tendono a favorire uno dei due a discapito dell'altro: si dovrebbe porre la massima enfasi sull'affidabilità anche se ciò potrebbe influire negativamente sulla rilevanza, oppure porre l'accento sulla rilevanza sacrificando l'affidabilità? Ciò ha prodotto lunghe discussioni relative alla misurazione dei costi storici, senza che si pervenisse a una risposta definitiva.<sup>28</sup>

L'attività dello IASC, intanto, si è progressivamente evoluta e resa autorevole; nel tempo sono stati rivisti e migliorati gli *standard* emanati, tentando anche di renderli un po' più autonomi rispetto alle formulazioni iniziali, che troppo risentivano delle prassi degli Stati Uniti e degli altri paesi anglosassoni, guadagnando infine anche il riconoscimento dello IOSCO - *International Organization of Securities Commissions* [organismo che riunisce le commissioni di vigilanza dei mercati mobiliari del mondo], con cui vennero concordate rettifiche e integrazioni degli IAS, così da renderli accettati per la formulazione dei bilanci delle società che intendessero aprirsi ai mercati esteri.<sup>29</sup>

### 3. Le caratteristiche generali dei principi contabili internazionali: i principali ostacoli per una definitiva accettazione

L'obiettivo iniziale dei principi contabili internazionali era quello di armonizzare le regole contabili dei vari paesi, attraverso l'emissione di regole (*International Accounting Standard* - IAS) che valessero per la formazione dei bilanci promuovere un comune linguaggio contabile per le imprese aventi azioni quotate nelle borse valori ed a vocazione internazionale.

Il regolamento della Comunità europea stabilisce che i principi emanati dallo IASB devono passare attraverso un "meccanismo di omologazione" (*endorsement mechanism*) che ne assicuri la compatibilità con le direttive comunitarie in materia contabile. La Commissione europea, nell'adottare i principi internazionali, è assistita dall'*European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG), che assicura la partecipazione dell'Europa all'attività dello IASB, fornendo collaborazione per valutare la conformità dei principi alla normativa europea, svolgendo anche un'attività propositiva per modernizzare le direttive contabili europee e collaborando con le autorità di vigilanza dei mercati.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> SEC (2000). [www.sec.gov/rules/concepts/34-42430.htm](http://www.sec.gov/rules/concepts/34-42430.htm).

<sup>28</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 99.

<sup>29</sup> POTITO L., *Principi contabili internazionali (IAS/IFRS): cenni storici e profili critici per una lettura disincantata*, cit., 716.

<sup>30</sup> POTITO L., *Principi contabili internazionali (IAS/IFRS): cenni*

Gli IFRS corrispondono ad enunciazioni di principi. Essi formulano indicazioni di carattere generale su come registrare in contabilità le operazioni poste in essere e come devono essere iscritti in bilancio gli elementi dell'attivo e del passivo originati da tali operazioni. Non sempre forniscono elementi dettagliati e lasciano al redattore del bilancio un minimo margine di discrezionalità applicativa nel rispetto dei criteri fondamentali che ispirano i principi stessi. Tale impostazione è in contrapposizione con quella statunitense che, al contrario, è volta a regolamentare ogni dettaglio con regole particolarmente puntuali fissando, ove possibile, anche soglie quantitative per la loro applicazione.<sup>31</sup>

Negli USA il bilancio è redatto secondo i principi emessi dal FASB - *Financial Accounting Standard Board* e noti come gli *Statement of Financial Accounting Standards* [SFAS] e, nel loro complesso, come US GAAP - *Generally Accepted Accounting Principles*<sup>32</sup>.

La differenza di impostazione tra i due sistemi contabili è l'ostacolo maggiore all'accettazione da parte degli USA, il cui sistema è *rulebased*, dei principi contabili internazionale. Poiché il mercato statunitense è il principale mercato mondiale dei capitali, il processo di internazionalizzazione degli IFRS non potrà dirsi compiuto finché non si avrà anche l'adesione degli USA, nonostante che i principi contabili internazionali siano adottati, integralmente o per buona parte, in oltre cento paesi nel mondo.<sup>33</sup>

Partendo dalla definizione di "legittimità" intesa come la "generalizzata percezione o assunto che le azioni di un organo siano desiderabili, adatte o appropriate all'interno di un sistema sociale di norme, valori, credenze e definizioni"<sup>34</sup> e applicando tale definizione al FASB, si nota come la *Security Exchange Commission* (SEC) abbia ottenuto l'autorità, a livello nazionale,

*storici e profili critici per una lettura disincantata*, cit., 717.

<sup>31</sup> GIUSSANI A., *Introduzione ai principi contabili internazionali*, cit., 11.

<sup>32</sup> POTITO L., *Principi contabili internazionali (IAS/IFRS): cenni storici e profili critici per una lettura disincantata*, cit., 715, per il quale la prima finalità di quegli standard era il miglioramento della qualità dell'informazione di bilancio. Le società, nel rispetto dei principi raccomandati, avevano piena libertà di stabilire procedure e caratteristiche, purché fossero resi noti, cioè comunicati all'esterno con chiarezza e non modificati da un esercizio all'altro: dunque conti più chiari e confrontabili nel tempo.

<sup>33</sup> GIUSSANI A., *Introduzione ai principi contabili internazionali*, cit., 12 per il quale "Sebbene un sistema *rulebased* possa apparire più idoneo ad evitare abusi da parte dei redattori di bilancio, si è constatato in pratica che esso si presta più facilmente a manipolazioni. È infatti possibile rispettare formalmente una regola precisa senza rappresentare la sostanza di un'operazione. L'obbligo di rispettare un principio impone invece al redattore di bilancio di assumersi piena responsabilità delle scelte effettuate ed il suo comportamento sarà valutato in funzione della correttezza dell'applicazione pratica del principio piuttosto che in funzione del rispetto di una regola".

<sup>34</sup> SUCHMAN M.C., *Managing legitimacy: Strategic and institutional approaches*, in *The Academy of Management Review*, 574, 1995.

per adottare e far rispettare i GAAP statunitensi: tale aspetto costituisce “l’efficacia della politica” (*policy efficacy*) o la “legittimità raggiunta” (*output legitimacy*)<sup>35</sup>.

Lo IASB ha raggiunto lo *status* di organo contabile riconosciuto e organizzato (*input legitimacy*)<sup>36</sup> e ha ottenuto il riconoscimento di una procedura di creazione dei principi contabili valida a livello internazionale (*throughput legitimacy*)<sup>37</sup>. Tale competenza tecnica è sicuramente una condizione necessaria affinché un organo possa ottenere un primo grado di legittimazione, ma potrebbe non essere sufficiente a ottenere una piena legittimazione a causa di fattori di tipo politico<sup>38</sup>.

Più nello specifico, la legittimazione raggiunta dai principi dello IASB a livello mondiale è stata compromessa dal fatto che molti governi nazionali non abbiano voluto rinunciare alla propria specifica sovranità a favore di un’organizzazione internazionale.<sup>39</sup>

L’analisi della letteratura conferma che le diverse politiche nazionali rimangono un fattore di primo piano nella definizione degli *standard* all’interno dei singoli Paesi e tra Paesi diversi, il che ha influito negativamente sulla strategia di globalizzazione dei principi contabili<sup>40</sup>. Negli Stati Uniti, i soggetti stranieri possono quotare una società in borsa utilizzando gli IFRS pubblicati dallo IASB, in maniera diversa dai soggetti statunitensi che si servono invece degli U.S. GAAP, il che crea una situazione di competizione tra i due insiemi di principi contabili e tra gli organi preposti alla loro elaborazione<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> RICHARDSON A.J. - EBERLEIN B., *Legitimizing transnational standard-setting: The case of the international accounting standards board*, in *Journal of Business Ethics*, 217-245, 2011.

<sup>36</sup> Il concetto di *input legitimacy* è connesso alla percezione di un organo quale “adatto” a intervenire in maniera vincolante su una determinata materia. Lo IASB ha seguito un percorso coerente con la *input legitimacy*, poiché si è affermato come organo accettato (e quindi considerato adatto) a occuparsi di principi contabili.

<sup>37</sup> La *throughput legitimacy* riguarda le modalità di esercizio dei poteri conferiti a un organo sulla base della *input legitimacy*.

<sup>38</sup> RICHARDSON A.J. - EBERLEIN B., *Legitimizing transnational standard-setting: The case of the international accounting standards board*, cit. 217-245, 2011.

<sup>39</sup> DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, in *Journal of Management and Governance*, 2018, 22, secondo i quali “*This could be an explanation for why only a few countries have “adopted” IFRS as published without any internal process of endorsement or revision (FASB 1999)*”.

<sup>40</sup> GRANT R.W. - KEOHANE R.O., *Accountability and abuses of power in world politics*, in *American Political Science Review*, 2005; RICHARDSON A.J. - EBERLEIN B., *Legitimizing transnational standard-setting: The case of the international accounting standards board*, cit., 217-245.

<sup>41</sup> TWEEDIE D., *Prepared remarks to the US chamber of commerce event*, in *The future of financial reporting: Convergence or not?*, Washington, DC, 2017, <http://archive.ifrs.org/News/Announcements-and-Speeches/Pages/convergence-or-not-speech.aspx>. DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 23: “*Larger countries such as China, India, and Japan have not “adopted” IFRS, in the above sense, and are waiting to see*

L’ottenimento della legittimità è, forse, la soluzione per l’accettazione globale di un singolo insieme di principi contabili, laddove la SEC potrebbe rappresentare un regolatore legittimo volto a garantire l’applicazione degli IFRS pubblicati dallo IASB alle società registrate in più di una giurisdizione<sup>42</sup>.

Lo IASB ha modellato le proprie procedure in maniera da renderle simili a quelle adottate negli Stati Uniti, così da ottenere una riconosciuta legittimità. Per mettere in luce le complessità del processo politico di approvazione degli IFRS, è necessario utilizzare il c.d. giusto processo (*due process*)<sup>43</sup> della UE, poiché essa ha uno dei più complicati processi di approvazione dello IASB tra tutti i Paesi<sup>44, 45</sup>.

Nessun Paese ha “adottato” gli IFRS, nel senso che nessun governo ha recepito in maniera integrale e immediata il testo degli IFRS integrandolo nella propria legislazione contabile<sup>46</sup>. I risultati empirici suggeriscono che la comparabilità (*comparability*), l’utilità (*usefulness*) e il costo dei capitali (*cost of capital*) siano applicati in modi diversi sia per gli U.S. GAAP che

*the results of convergence between the FASB and IASB before deciding whether to adopt IFRS”*

<sup>42</sup> DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 23.

<sup>43</sup> L’espressione “giusto processo” è utilizzata nello studio in riferimento alle procedure adottate, in conformità con la legislazione vigente, per sviluppare, pubblicare e/o approvare i principi contabili. Essa si applica sia alle istituzioni (ad es., UE) che agli organi preposti alla definizione dei principi contabili (ad es., IASB). [N.d.T.]

<sup>44</sup> Ad esempio, il processo di approvazione nella UE vede la partecipazione di: Comitato di Regolazione Contabile, Commissione Europea, Gruppo di Consulenza sulla Rendicontazione Finanziaria Europea, che opera attraverso un Gruppo di Esperti Tecnici, e, in alcuni casi, Comitato dei Regolatori Bancari di Basilea e Federazione Bancaria Europea. Date le caratteristiche del processo di approvazione in UE, è nostra opinione che dei GAAP globali siano al momento impossibili. DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 24.

<sup>45</sup> La IFRS Foundation e lo IASB sostengono un singolo insieme di principi contabili. Secondo alcuni, un organo monopolista e transnazionale preposto all’elaborazione dei principi contabili non sarebbe desiderabile né rappresenterebbe una soluzione ottimale. In questo senso, BALL R., *Making accounting more international: Why, How, and How far will it go?*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 19-29, 1995; DYE R. - SUNDER S., *Why not allow FASB and IASB standards to compete in the U.S.?*, in *Accounting Horizons*, 257-272, 2001; SUNDER S., *Regulatory competition for low cost-of-capital accounting rules*, in *Journal of Accounting and Public Policy*, 147-149, 2002; BENSTON G. - BROMWICH M. - LITAN R. - WAGENHOFER A., *Worldwide financial reporting: The development and future of accounting standards*, Oxford, UK., 2006; MEEKS G. - SWANN G., *Accounting standards and the economics of standards*, in *Accounting and Business Research*, 191-210, 2009; STULZ R., *Securities laws, disclosure, and national capital markets in the age of financial globalization*, in *Journal of Accounting Research*, 349-390, 2009.

<sup>46</sup> ZEFF S.A. - NOBES C.W., *Commentary: Has Australia (or Any Other Jurisdiction) ‘Adopted’ IFRS?*, in *Australian Accounting Review*, 178-184, 2010.

per gli IFRS<sup>47</sup>. Studi ancora precedenti individuano nell'origine legale, nell'infrastruttura di mercato e nella cultura i fattori capaci di spiegare le differenze nella rendicontazione e nella regolamentazione finanziaria tra le diverse giurisdizioni<sup>48</sup>.

Parte della dottrina si è mostrata scoraggiata in merito all'adozione globale degli IFRS<sup>49</sup>. Tra lo IASB e il FASB esistono evidenti "deficit di legittimità" per una regolazione globale le cui cause sono certamente dovute da diversi ambienti di regolazione locale<sup>50</sup>.

L'espressione "legitimacy deficit" o "legitimacy gap" è utilizzata in riferimento a quei meccanismi che ostacolano la capacità di un organo transnazionale di esercitare una funzione di *governance* in nazioni diverse<sup>52</sup>. Qualunque organo preposto all'elaborazione di principi di riferimento deve necessariamente ottenere un sufficiente grado di legittimità da parte di altri apparati di governo, per poter operare. Il deficit di legittimità può spiegare in parte il motivo del fallimento della convergenza tra IASB e FASB, offrendo al contempo una possibile soluzione per l'adozione globale di un singolo GAAP.

Le differenze nell'approvazione dei principi tra i vari

Paesi – in maniera coerente con i deficit di legittimità riscontrati – compromettono l'adozione degli IFRS dello IASB, *de iure e de facto*. Colmare la mancanza di legittimità facendo ricorso a un regolatore rispettato sul piano internazionale e all'adozione di un GAAP globale a livello societario potrebbe rappresentare l'approccio necessario a raggiungere l'adozione di un unico insieme di principi contabili a livello mondiale<sup>53</sup>.

#### 4. Il percorso verso il tramonto della convergenza

Nel 2002 vi fu la firma del *Norwalk Agreement* e l'annuncio dei progetti sui quali i due organi contabili avrebbero lavorato congiuntamente con l'obiettivo di pervenire ad una standardizzazione dei due sistemi e, nel *Memorandum of Understanding* del febbraio 2006, hanno redatto un piano di lavoro per eliminare progressivamente le principali differenze ed avviato un programma di convergenza che prevede passaggi di breve periodo per le differenze di più facile risoluzione e tempi più dilatati per le differenze di maggiore rilievo, principalmente quelle di natura concettuale.<sup>54</sup>

Il FASB e lo IASB lavorarono così con successo a diversi progetti a breve termine, seguendo un lungo percorso che si è chiuso in maniera deludente nel 2014. Tuttavia, l'esame delle fasi di tale processo nel periodo compreso tra il 2002 e il 2013 suggerisce che sarebbe stato in ogni caso impossibile ottenere un successo completo. Ovviamente, tutti i principi presentati venivano definiti di alta qualità.

Nel 2006 ebbe luogo la presentazione di una *road map*. In questa fase, il progetto di convergenza iniziò a vacillare. Tanto il FASB che lo IASB ritennero necessario affermare il proprio impegno nel portare avanti il rapporto, ma essi abbandonarono la strategia di convergenza dei principi, che stava rivelandosi troppo difficile, passando a una strategia diversa, che prevedeva lo sviluppo di nuovi criteri in sostituzione dei vecchi.<sup>55</sup>

Nel 2008 fu presentata un'altra *road map*. Si trattava di un aggiornamento al documento pubblicato nel 2006, ma specificava che gli Stati Uniti non avrebbero adottato gli IFRS, a condizione che la SEC monitorasse lo sviluppo dei principi, per assicurarsi che vi fossero miglioramenti accettabili; che fosse accertata l'esistenza di finanziamenti sufficienti a permettere allo IASB

<sup>47</sup> PRATHER-KINSEY J.J. - TANYI P., *The market reaction to SEC IFRS-Related Announcements: The case of American Depository Receipt (ADR) firms in the U.S.*, in *Accounting Horizons*, 579-603, 2014.

<sup>48</sup> La convergenza tra principi contabili è vista con favore da un gran numero di multinazionali, società quotate su più mercati e investitori desiderosi di comprendere e paragonare le performance delle società nel mondo. JAGGI B. - LOW P.Y., *Impact of culture, market forces, and legal system on financial disclosures*, in *International Journal of Accounting*, 495-519, 2000. Il FASB ha un organo di controllo sui titoli, la SEC, per assicurare l'applicazione dei propri principi negli Stati Uniti, ma lo IASB non possiede alcun organo globale paragonabile. Difatti, a differenza degli organi appartenenti ai singoli governi, lo IASB non ha alcuna giurisdizione sugli Stati; pertanto, la semplice pubblicazione di un insieme di principi contabili globali non garantisce di per sé che essi saranno adottati e fatti applicare in ciascuna giurisdizione nazionale. CHOI F.D.S. - MEEK G.K., *International accounting*, in *Englewood Cliffs*, 2008.

<sup>49</sup> Ad esempio, HANS HOOGVOST (v. Cohn 2004), presidente dello IASB, ha dichiarato alla *Singapore Accountancy Convention* che "un unico insieme di principi contabili globali non è più fattibile". Secondo SELLING (2013), il processo di convergenza sarebbe invece troppo problematico da implementare, oltre a presentare svantaggi che renderebbero sconsigliabile "l'adozione" degli IFRS negli Stati Uniti.

<sup>50</sup> SELLING T.I., *Bumps in the Road to IFRS "adoption": Is a U-Turn possible?*, in *Accounting Horizons*, 155-167, 2013.

<sup>51</sup> DE LANGE P. - HOWIESON B., *International accounting standards setting and U.S. exceptionalism*, in *Critical Perspectives on Accounting*, 1007-1032, 2006.

<sup>52</sup> JOHNSON S.B. - SOLOMONS D., *Institutional legitimacy and the FASB*, in *Journal of Accounting and Public Policy*, 165-183, 1984; RICHARDSON A.J. - EBERLEIN B., *Legitimizing transnational standard-setting: The case of the international accounting standards board*, in *Journal of Business Ethics*, 217-245, 2011; SAVAGE A. - CALLAGHAN H., *Animal testing and legitimization: Evidence of social investment and corporate disclosure*, in *Accounting and Public Interest*, 93-123, 2007.

<sup>53</sup> DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 22.

<sup>54</sup> GIUSSANI A., *Introduzione ai principi contabili internazionali*, cit., 12.

<sup>55</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit., 100. I banchieri criticarono i soggetti preposti alla definizione dei principi, accusandoli di non aver messo a punto criteri appropriati e con cui si potesse lavorare, mentre questi ultimi criticarono i banchieri per non essersi attenuti ai principi in maniera rigorosa. In conseguenza di ciò, fu fatta pressione su FASB e IASB affinché si fosse velocizzato il proprio lavoro e mettessero a punto nuove regole in materia di strumenti finanziari.

di operare in autonomia e che avesse valutato quanto i soggetti preposti alla definizione dei principi, i revisori dei conti e gli utenti fossero pronti per gli IFRS.

La *road map* del 2008 fu accolta con grande entusiasmo, ma vi erano segni del fatto che gli Stati Uniti mostrassero incertezze riguardo l'adozione degli IFRS. Un pesante ostacolo fu rappresentato dal tracollo finanziario degli anni 2007-2008, che generò indagini relative al trattamento degli strumenti finanziari.

Nel 2009, pur continuando a sostenere il proprio impegno a favore del progetto di convergenza, la SEC dichiarò che non avrebbe assunto una decisione relativa all'incorporazione degli IFRS nel sistema statunitense fino al 2011. Tuttavia, da più parti fu suggerito che gli anni di una possibile incorporazione sarebbero stati tra il 2015 e il 2016.

Nel 2012, il FASB e lo IASB pubblicarono un documento congiunto relativo alla contabilità per gli strumenti finanziari. Fu anticipato che anche la SEC avrebbe rilasciato una dichiarazione connessa all'adozione degli IFRS, ma ciò non avvenne e il lungo rapporto iniziò a venire meno. Sebbene non vi sia stato alcun annuncio ufficiale in merito alla cessazione del *Norwalk Agreement*, il continuo silenzio di entrambe le parti ha fatto intendere che il progetto di convergenza sia terminato.<sup>56</sup>

## 5. Le caratteristiche formali dei principi contabili internazionali

Ogni *standard* contabile è, in genere, organizzato secondo una logica esplicativa ricorrente. Dapprima vi è un breve paragrafo che spiega quali sono gli obiettivi del principio, cioè l'argomento oggetto di trattazione, seguita da un paragrafo che determina la portata del principio stesso e cioè a quali specifiche operazioni o voci di bilancio esso deve essere applicato, ovvero quali sono escluse, perché disciplinate da altri principi o perché non del tutto assimilabili alla fattispecie in oggetto.

Un'apposita Appendice (o paragrafo negli IAS precedenti) contiene le definizioni dei principali termini in modo che il lettore abbia chiaro che quando nel corpo del principio contabile si usa quel particolare termine esso ha sempre il significato fornito nelle definizioni, seguito dalla trattazione dell'argomento, articolata in più paragrafi, con la statuizione dei criteri fondamentali e più dettagliate analisi.<sup>57</sup>

Un'importante parte è dedicata alle note illustrative obbligatorie, cioè alle informazioni sia quantitative sia puramente discorsive che il redattore di bilancio deve obbligatoriamente fornire a corredo ed integrazione dei dati numerici.

Per argomenti di particolare complessità, lo standard include anche delle Appendici con esempi pratici

<sup>56</sup> ONG A., *The failure of International Accounting Standard Convergence: a brief history*, cit. 100.

<sup>57</sup> GIUSSANI A., *Introduzione ai principi contabili internazionali*, cit., 12.

e poiché sono richiamate dal testo del principio, ne formano parte integrante, a differenza degli altri documenti di accompagnamento, quali le *Application Guidance* e le *Basis of Conclusion*.

Le *Application Guidance* sono particolarmente utili perché affrontano aspetti più dettagliati che si presume i redattori si troveranno ad affrontare nella pratica. Per il rispetto del criterio del *principlebased*, le esemplificazioni contenute non sono vincolanti, ma rispecchiano un importante punto di riferimento. L'uso di queste guide è riservato a quei principi che presentano maggiore complessità applicativa.<sup>58</sup>

Gli IFRS *Interpretations* sono invece documenti più snelli, in genere di poche pagine che descrivono succintamente l'argomento e le motivazioni che richiedono un intervento interpretativo e il consenso sulla corretta interpretazione. Trattandosi di interpretazioni su aspetti particolari di esistenti standard, in genere gli IFRS *Interpretations* possono entrare in vigore contestualmente alla loro emissione ma molto spesso prevedono un'adozione differita.

Un'importante caratteristica dei principi contabili internazionali è il loro continuo aggiornamento. Per restare al passo con i continui mutamenti nel mondo degli affari e con l'evoluzione della dottrina, il *Board* opera continui aggiornamenti, modificando i documenti già emessi con una certa frequenza<sup>59</sup>.

## 6. La teoria della legittimità quale possibile strada per un riconoscimento globale dei principi contabili internazionali

Tradizionalmente, la teoria positiva della contabilità (*positive accounting theory*) è basata sulla teoria dell'*agency theory*<sup>60</sup> e spiega la pratica contabile effettuando una previsione di quali aziende utilizzeranno determinate regole contabili e di quali non le utilizzeranno, senza fornire alcun contributo normativo<sup>61</sup>.

Al contrario, la *legitimacy theory* e la *stakeholder theory* si concentrano sulla funzione delle informazioni e della loro divulgazione (*disclosure*) nei rapporti tra organizzazioni, Stati, persone fisiche e gruppi di persone. Poiché gli organi e le società in cui operano subiscono influenze reciproche, tanto la teoria della legittimità che quella dei portatori di interesse costituiscono teorie basate sul sistema (*system-based theories*) e derivano dalla teoria dell'economia politica, in particolar modo dal suo ramo *bourgeois*<sup>62</sup>, secondo cui le problematiche di tipo economico non possono essere indagate senza

<sup>58</sup> GIUSSANI A., *Introduzione ai principi contabili internazionali*, cit., 13.

<sup>59</sup> GIUSSANI A., *Introduzione ai principi contabili internazionali*, cit., 14.

<sup>60</sup> LIONZO A., *Gli studi di financial accounting di matrice nordamericana*, Milano, Fondamenti epistemologici e percorsi scientifici.

<sup>61</sup> WATTS R. - ZIMMERMANN J., *Positive Accounting Theory*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1986.

<sup>62</sup> DEEGAN C., *Financial accounting theory*, Australia, 2006.

tenere conto dei contesti politico, sociale e istituzionale entro cui si svolgono le attività economiche<sup>63</sup>.

La legittimità di un'autorità contabile privata è connessa alla sua capacità di fornire un sistema "ottimale" per la circolazione delle informazioni o per la determinazione degli utili da distribuire (*payout*), che le istituzioni possano accettare quale prodotto di persone equilibrate e razionali<sup>64</sup>. Ne consegue che la legittimità di un processo di definizione dei principi non sia soggetto alla capacità individuale di fornire un sistema di regole "ottimale", ma dipenda piuttosto dall'abilità di mettere a punto regole accettabili per il pubblico. In altre parole, per superare il test del consenso, le regole fornite dall'autorità devono essere adatte a sostituire o integrare contratti incompleti negoziati individualmente. Le norme di rango superiore devono essere intese quale risultato di una ipotetica negoziazione che riguardi tutti i soggetti coinvolti, il che significa che ciascuno di essi dovrà trarre un vantaggio dalle regole in questione<sup>65</sup>.

Un organo ottiene legittimità allorché il suo pubblico accetta di operare nell'ambito dei valori sociali di tale organizzazione: un'accettazione che può essere basata su fattori di tipo pragmatico, normativo o cognitivo<sup>66</sup>.

Autorevole dottrina aziendalistica afferma che la teoria della legittimità può essere riassunta in tre punti: *input*, *throughput* e *output*<sup>67</sup>.

La *input legitimacy* si riferisce alle qualifiche dei soggetti preposti all'elaborazione delle regole e alla loro capacità di soddisfare la volontà del pubblico<sup>68</sup>. L'organo che elabora le regole deve essere riconosciuto dai terzi credibile, indipendente e qualificato per utilizzare la propria conoscenza specialistica al fine di assumere decisioni di natura tecnica quando chiamato a mettere a punto i principi. Il processo di elaborazione dei principi dovrebbe riflettere la volontà delle parti interessate e se l'organo in questione ha caratteristiche internazionali, allora le regole tecniche dovrebbero rispecchiare i bisogni di un ambiente transnazionale<sup>69</sup>.

La *throughput legitimacy* si riflette sulla correttezza e imparzialità utilizzate per convertire le premesse di partenza (*input*) in risultati (*output*)<sup>70</sup>. La *throughput legitimacy* differisce dalla *input legitimacy*, poiché la prima fa riferimento a un percorso di miglioramento della razionalità e della trasparenza dei metodi decisionali, mentre la seconda riguarda le qualifiche dell'organo preposto alla definizione dei principi e la rappresentazione del suo pubblico. La *throughput legitimacy* si riferisce alle modalità in cui le decisioni vengono prese e a come viene assicurata ai vari soggetti la possibilità di avere un corretto accesso al processo decisionale e far sentire la propria voce.

Il terzo fattore, la *output legitimacy*, si riflette sull'efficacia delle politiche. A seguito della definizione di un buon principio, cioè quel principio in grado di risolvere i problemi tecnici e contribuire al bene comune, viene accettato e incorporato nella legislazione, la quale prevedrà sanzioni in caso di mancato adeguamento. Tale processo di adozione e applicazione presume che l'organo emanatore sia percepito come competente e capace di produrre regole coerenti con le aspettative del pubblico che deciderà di conformarvisi. In un contesto internazionale, ottenere la *output legitimacy* richiede che un'organizzazione sovranazionale possieda uno *status* consolidato all'interno delle giurisdizioni che ne adottano e ne applicano i principi<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit. 25: "Basically, legitimacy is the status or condition which exists, when an entity's value system is consistent with that of society, and legitimation is the process which leads to an organization being viewed as legitimate [DEEGAN, C., *Financial accounting theory*, cit., 2006]. Therefore, society allows the organizations to continue operations to the extent that it meets its expectations. Unlike positive accounting theory, legitimacy theory relies on the notion of "social contract" rather than on the economics based assumption that all action is driven by self-interest and wealth maximization or on assumptions about the efficiency of markets".

<sup>64</sup> SCHMIDT M., *On the legitimacy of accounting standard setting by privately organised institutions in Germany and Europe*, in *Schmalenbach Business Review*, 171-193, 2002.

<sup>65</sup> DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 26: "Moreover, the field of transnational accounting standard setting is more than a technical exercise in producing the optimal solution in standardization: "instead, the politics of accounting regulation shows that economic globalization is constructed by many actors and succeeds when carefully linking the normative content of standards to organizational structures, consultation procedures, and stable actor coalitions [BOTZEM S., *The politics of accounting regulation*, in *Organizing transnational standard setting in financial reporting*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2012, 7]".

<sup>66</sup> SUCHMAN M.C., *Managing legitimacy: Strategic and institutional approaches*, in *The Academy of Management Review*, 571-610, 1995; RICHARDSON A.J. - EBERLEIN B., *Legitimizing transnational standard-setting: The case of the international accounting standards board*, cit., 217-245, 2011.

<sup>67</sup> RICHARDSON A.J. - EBERLEIN B., *Legitimizing transnational standard-setting: The case of the international accounting standards*

*board*, cit., 2011.

<sup>68</sup> SCHARPF F.W., *Governing in Europe: Effective and democratic?*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

<sup>69</sup> DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 27: "For example, the legitimacy of international accounting standards may well depend on the credibility, independence and expert knowledge of the IASB as well as its ability to reflect the will of the global business and capital market environments".

<sup>70</sup> RICHARDSON A.J. - EBERLEIN B., *Legitimizing transnational standard-setting: The case of the international accounting standards board*, cit. 217-245; DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 27: "For example, do the deliberations on accounting standards reflect a due process, logical and rational discourse, and the voice of others?"

<sup>71</sup> DE LUCA F. - PRATHER-KINSEY J., *Legitimacy theory may explain the failure of global adoption of IFRS: the case of Europe and the U.S.*, cit., 28.

Francesco Meglio

Dottore di ricerca in "Persona, Mercato, Istituzioni" nell'Università degli Studi del Sannio

## Autonomia testamentaria e così detto termine *ex voluntate testatoris*

### abstract

*This article analyzes the possibility for the testator to affect the term within which he will accept an inheritance. The positive answer to the question goes through the examination of the normative data and for the verification of the prescriptive or decadent nature of the legal term. The preferable qualification of the term as a hypothesis of prescription does not preclude the testator from shortening the decennial term, inserting within it a term of forfeiture. The result is the strengthening of testamentary autonomy, in the sign of the enlargement of the content of the act of last will.*

### keywords

*Term to accept an inheritance – Prescription – Decadence – Testamentary autonomy.*

### abstract

*Il presente articolo analizza la possibilità per il testatore di incidere sul termine entro il quale accettare un'eredità. La risposta positiva al quesito passa per la disamina dei dati normativi e per la verifica della natura prescrizione o decadenziale del termine legale. La preferibile qualificazione del termine come ipotesi di prescrizione non preclude al testatore di accorciare il termine decennale, inserendo al suo interno un termine di decadenza. Ne discende il rafforzamento dell'autonomia testamentaria, nel segno dell'ampliamento del contenuto dell'atto di ultima volontà.*

### parole chiave

*Termine per accettare un'eredità – Prescrizione – Decadenza – Autonomia Testamentaria.*

### sommario

1. Note introduttive e impostazione dell'indagine. – 2. La natura del termine per l'accettazione dell'eredità. – 3. Il c.d. termine *ex voluntate testatoris*. – 4. Rilievi conclusivi.

### 1. Note introduttive e impostazione dell'indagine

La disciplina contenente le "Disposizioni generali sulle successioni", di cui agli artt. 456 e ss. del codice

civile<sup>1</sup>, insinua negli interpreti due sensazioni la cui veridicità è tutta da dimostrare. In primo luogo, sulla scia di quel filone di pensiero che tende a sganciare il Libro Secondo delle successioni dal resto del codice civile<sup>2</sup>, se ne trae il corollario per cui, in fondo, le suc-

<sup>1</sup> Per l'analisi del concetto di successione e, più specificamente, per l'esame della nozione di successione *mortis causa*, si vedano M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 9 ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 3 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 4 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia - Le successioni*, Milano, 2005, p. 529 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, t. II, *Successioni*, Torino, 1997, p. 5 ss.; G. BONLINI, *Diritto delle successioni*, Roma, 2004, p. 5 ss.; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, p. 1 ss. e 25 ss.; ID., *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1993, p. 1 ss. e 16 ss.; A. BURDESE, voce: "Successione, II) Successione a causa di morte", in *Enc. giur.* Treccani, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 5 ss. e 11 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, I) Parte generale, Tomo I, Principi - Problemi fondamentali*, Napoli, 1959, p. 30 ss. e 37 ss.; U. CARNEVALI, voce: "Successione, I) Profili generali", in *Enc. giur.* Treccani, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.; A. DE CUPIS, voce: "Successione, I) Successione nei diritti e negli obblighi", in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1250 ss.; ID., voce: "Successione, II) Successione ereditaria, a) Diritto privato", in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1257 ss.; M. DI FABIO, *Le successioni nel diritto comparato*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994, p. 448 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* A. Scialoja e G. Branca, *Libro secondo: Successioni. Artt. 456-511*, Bologna - Roma, 1980, p. 1 ss.; R. NICOLA, voce: "Successione nei diritti", in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 605 ss., voce: "Successioni (diritto civile): parte generale", in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 748 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002, p. 1 ss. Sul significato della formula dell'art. 42, comma 4, Cost., si veda A. D'ALOIA, *La successione mortis causa nella Costituzione*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 43.

Per una verifica dei rapporti tra principi costituzionali e diritto successorio, si vedano almeno A. VIGNUDELLI, *Corte costituzionale e diritto successorio (materiale per un bilancio)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 873 ss.; C. CONSOLANDI, *La giurisprudenza costituzionale come fonte del diritto di successione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 319 ss.

<sup>2</sup> Tale rischio è avvertito da G. PERLINGIERI, *Invaldità delle disposizioni "mortis causa" e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 120, con riferimento a metodi che, da un lato, tendono ad assimilare il contratto e il testamento come meri negozi giuridici, sul presupposto dell'unicità di fondamento che in tal modo si attribuisce all'autonomia, e, dall'altro, qualificano le discipline dei suddetti atti nei termini di

cessioni per causa di morte siano qualcosa di a sé stante, di sganciato dal complessivo impianto codicistico<sup>3</sup>.

In secondo luogo, è trasversale alla produzione scientifica di autori pur distanti per formazione giuridica e metodo prescelto l'osservazione secondo la quale le disposizioni in discorso sarebbero connotate di inderogabilità e dunque immodificabili da parte del testatore, al quale, secondo questa robusta linea di pensiero, competerebbe unicamente di designare eredi e legatari, e cioè dare lustro soltanto ad istanze meramente patrimoniali, con evidente compressione delle prerogative dell'autonomia privata in ambito testamentario.

Entrambe le sensazioni riferite appaiono bisognose di una verifica più accurata. Occorre, in altri termini, interrogarsi ed appurare, se del caso, che effettivamente

---

“microsistemi non comunicanti”. Il riferimento culturale sotteso al concetto di microsistema è quello prospettato da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 e *L'età della decodificazione. Vent'anni dopo*, Milano, 1999, ove a p. 38 il rilievo che “le leggi, che si sogliono ancora denominare “speciali”, sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo micro-sistemi di norme, con proprie ed autonome logiche”.

<sup>3</sup> Ad es., per la connessione tra la successione *mortis causa* e la proprietà privata, si vedano C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia - Le successioni*, cit., p. 534; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 6 ss.; G. BONLINI, *Diritto delle successioni*, cit., p. 26 ss.; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 27 ss.; ID., *Nozioni di diritto ereditario*, cit., p. 17 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 17.

G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 12, dopo aver affermato che il fenomeno della successione a causa di morte è strettamente legato all'istituto della proprietà, precisa come l'esigenza di trasmettere i propri beni a causa di morte sia propria non soltanto dei regimi capitalistici, ma anche di quelli socialisti. L'A. spiega che, nei regimi a struttura socialista, occorre distinguere tra i beni di produzione e i beni di consumo: i primi, essendo preordinati alla creazione di altri beni, non possono appartenere ai privati e, conseguentemente, non possono formare oggetto di successione ereditaria; i secondi, essendo destinati a soddisfare direttamente bisogni umani (es.: alimenti, indumenti, ecc.), possono, in genere, essere oggetto di successione a causa di morte.

La proprietà e la famiglia sono strettamente collegate attraverso l'eredità: la proprietà, infatti, è diritto individuale ed egoistico che – secondo A. ORIANI, *La rivolta ideale*, Bologna, 1943, VIII ed., p. 173 – personificata nell'eredità, trascende gli individui, essendo destinata a vivere più a lungo di loro.

Sulla funzione sociale del diritto di proprietà in un'ottica di legalità costituzionale, si segnala ampia letteratura, tra cui le autorevoli pagine di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967; ID., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1982, I, p. 209 ss.; A. LENER, *Problemi generali della proprietà*, in F. Santoro-Passarelli (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976; A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Camerino-Napoli, 1980; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1990; E. CATERINI, *Proprietà*, in *Tratt. dir. civ.* CNN PERLINGIERI, Napoli, 2005.

te le norme generali sulle successioni risultano inaccessibili all'autonomia del testatore. Nel condurre una simile analisi, che inesorabilmente necessita di riscontri concreti pena il rischio di restare su livelli di pura astrattezza, sembra utile focalizzare l'attenzione sia su alcuni disposti normativi e sul loro corretto inquadramento dogmatico, sia su istituti di creazione dottrinarria, ad oggi acquisiti alla scienza giuridica e conosciuti dalla prassi. Nella presente indagine, pertanto, si focalizzerà l'attenzione sull'art. 480 c.c., il quale si occupa del termine entro il quale il chiamato all'eredità può accettare la medesima, verificando attraverso la previsione di un termine di fonte volontaria sostitutivo di quello legale se viene a scricchiolare l'assunto che le presenti riflessioni intendono esaminare<sup>4</sup>.

L'interrogativo dal quale principiano le presenti riflessioni ed al quale si proverà a dare risposta si correla intuitivamente ad una questione niente affatto marginale, vale a dire la configurazione o meno del

---

<sup>4</sup> Per la letteratura in ordine al testamento e alla successione testamentaria, si vedano fra i molti almeno M. ALLARA, *Il testamento (Riproduzione dell'edizione del 1936)*, Napoli, 1978, pp. 3 e ss.; ID., *La successione testamentaria*, in *Corso di diritto civile, Volume I*, Torino, 1944, pp. 1 e ss.; ID., *Principi di diritto testamentario*, op. cit., p. 25 e ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, op. cit., pp. 337 e ss.; ID., voce: “Successioni (diritto civile): successione testamentaria”, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1977, pp. 805 e ss.; ID., voce: “Successione testamentaria”, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, VII, Torino, 1987, pp. 636 e ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 205 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia - Le successioni*, op. cit., pp. 727 e ss.; *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro secondo: Successioni. Artt. 587 - 600*, Bologna - Roma, 1993, pp. 1 e ss.; ID., *Il testamento*, op. cit., pp. 1 e ss.; ID., *Il testamento, I) Profilo negoziale dell'atto: appunti delle lezioni*, op. cit., pp. 1 ss.; G. BONLINI, *Diritto delle successioni*, op. cit., pp. 155 e ss.; ID., *Il testamento: lineamenti*, Padova, 1995, pp. 1 e ss.; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, op. cit., pp. 201 e ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., pp. 369 ss.; A. CICU, *Testamento*, Milano, 1951, pp. 1 e ss.; G. CRISCUOLI, *Il testamento: norme e casi*, Padova, 1995, pp. 1 ss.; ID., voce: “Testamento”, in *Enc. giur.* Treccani, XXXI, Roma, 1994, pp. 1 e ss.; A. DE CUPIS, voce: “Successione, V) Successione testamentaria”, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1378 e ss.; V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, op. cit., pp. 1 e ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Volume IV: la famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, op. cit., pp. 201 e ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, Volume I*, Milano, 1947, pp. 1 e ss.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, pp. 1 e ss., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 1 e ss.; M. L. LOI, *Le successioni testamentarie (artt. 587 - 623 c.c.)*, in *Giur. sistem. dir. civ. e comm.* fondata da W. BIGLIANI, Torino, 1992, pp. 1 e ss.; E. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, pp. 1 e ss.; G. TAMBURRINO, voce: “Testamento, b) Diritto privato”, op. cit., pp. 471 e ss.; R. TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, pp. 1 e ss.

testamento<sup>5</sup> quale negozio giuridico<sup>6</sup>. Tale quesito,

<sup>5</sup> La nozione di testamento occupa le riflessioni non soltanto o non esclusivamente del giurista, ma presenta connessioni anche con altre scienze, dovendosi spiegare sul piano tecnico, oltre che sul piano filosofico - razionale, perché l'ordinamento giuridico riconosca ad un soggetto la possibilità di dettare prescrizioni per il tempo successivo alla di lui morte. Nella dottrina più antica, si vedano A. BRUNETTI, «Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato», in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 162 e ss., secondo il quale lo *ius testandi* «costituisce quella condizione, la quale, allorché si verifica l'evento della morte, fa sorgere nello Stato il dovere di distribuire in un determinato modo i beni che furono già di proprietà del disponente». In altri termini, il diritto di testare non è diritto di trasmettere i beni, bensì diritto di compiere un atto (il testamento), il quale fa sorgere nello Stato il dovere di distribuire i beni che furono del disponente in conformità alle sue volontà.

Tale spiegazione del fondamento filosofico-razionale non convinse, tuttavia, A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 225, secondo il quale si tratta di una mera «fraseologia descrittiva» della successione testamentaria.

Ulteriore criticità era quella della spiegazione tecnica di come una volontà espressa da chi non è più in vita potesse regolare i di lui interessi.

La *querelle*, di matrice prettamente filosofica, è stata risolta in due distinti modi. Secondo la teoria teologica, riconducibile a Leibniz, la volontà non cessa di essere con la morte del soggetto, perché l'uomo esiste spiritualmente.

Secondo la teoria contrattualistica, ascrivibile a Grozio e avallata da Kant, anche nel testamento si può rintracciare un accordo tra il testatore che dispone e il successore che accetta.

Per un'attenta e ampia esposizione su tale aspetto giusfilosofico, si veda F. FILOMUSI GUELFI, *Successione (diritto di successione) Introduzione*, in *Dig. it.*, XII, parte III, Torino, 1889-1897, pp. 1 e ss. La tesi contrattuale, come è noto, è stata sostenuta anche da E. CIMBALI, *Il testamento è contratto?*, in *Filangieri*, 1884, I, pp. 265 e ss.

<sup>3</sup> Sulla funzione "meta - testuale" svolta dalla definizione normativa di cui all'art. 587 cod. civ., si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1980, p. 239. Sulla valenza almeno di "istruzioni per l'uso", si veda A. BELVEDERE, *Testi e discorso nel diritto privato, Ars interpretandi*, Padova, 1997, p. 152; ID., *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 151.

<sup>6</sup> Il legislatore del 1942, discostandosi dal codice germanico del BGB, non ha inteso dare una nozione e una regolamentazione generale del negozio giuridico, rimettendo alla dottrina il compito di delinearne i tratti essenziali. Secondo una diffusa definizione, il negozio giuridico è la manifestazione di volontà con la quale i privati regolano i propri interessi nei rapporti reciproci, creando, modificando, accertando o estinguendo rapporti giuridici. La bibliografia in materia di negozio giuridico è a dir poco estesa. Senza presunzione di completezza, si possono indicare le opere che seguono.

Tra le opere generali, almeno, M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 1 ss.; *Teoria generale del negozio giuridico (Ristampa corretta della II edizione)*, Napoli, 1994, p. 43 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3 - Il contratto*, Milano, 2000, p. 7 ss.; L. CARIOTA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2002, p. 17 ss., *Il contratto*, Milano, 2001, p. 23 ss.; F. SANTORO-PASSARIELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 125 ss.; R. SCOGLIAMIGLIO, *Con-*

lungi dal rappresentare un interrogativo che interessa i soli teorici del diritto, reca in sé conseguenze di non secondaria importanza, ora in ordine al nucleo che è effettivamente sottratto all'autonomia testamentaria di inficiare<sup>7</sup>, ora in ordine alla selezione della disciplina applicabile.

Enucleate allora le direttive di partenza dell'indagine e fissato l'interrogativo di fondo che la origina, si può ora cominciare a sviluppare l'analisi partendo dalla disamina del disposto recato dall'art. 480 c.c., in una prospettiva comparativa con la previgente disciplina, allo scopo di comprendere le opzioni seguite

*tributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 1 ss.; G. STOLFI *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 1 ss.

Il tema è trattato diffusamente anche nella manualistica. Si vedano F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2008, p. 221 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 769 ss.; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, p. 193 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, p. 99 ss.; P. TRIMARCHI I, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, p. 151 ss.; B. TROISI, *Diritto civile. Lezioni*, Napoli, 2008, p. 63 ss.

Per le voci enciclopediche: F. GALGANO, voce: "Negozio giuridico, II) Diritto privato, a) Premesse problematiche e dottrine generali", in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 voce: "Negozio giuridico, I) Profili generali", in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

Per la distinzione tra fatti giuridici, atti giuridici e atti negoziali, si vedano, E. BETTA, voce: "Atti giuridici", in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, pp. 1504 e ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 9 ss.; A. FALZEA, voce: "Fatto giuridico", in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 941 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 1 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 81 ss.; C. MAIORCA, voce: "Fatto giuridico - Fattispecie", in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 111 ss.; R. MOSCELLA, voce: "Fatto giuridico", in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, voce: "Atto giuridico, I) Diritto privato", in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. PASSARELLI, voce: "Atto giuridico (diritto privato)", in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 203 ss.; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 106; R. SCOGLIAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 157 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 80 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 52 ss.; B. TROISI, *Diritto civile. Lezioni*, cit., p. 61 ss.

La teoria del negozio giuridico, ignota ai giureconsulti romani, è stata delineata dai giuristi del XVII secolo ed ha raggiunto il suo pieno sviluppo nella seconda metà del XIX secolo, grazie all'opera dei Pandettisti tedeschi, i quali osservarono come fenomeni diversi del diritto civile quali, ad esempio, il matrimonio, il contratto e il testamento, presentassero una nota comune: una manifestazione di volontà alla quale l'ordinamento ricollega la produzione di determinati effetti giuridici, conformi al contenuto della volizione. Per tale definizione si rinvia a F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts*, Berlin, 1840. Sulle origini della categoria del negozio giuridico, si vedano C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3 - Il contratto*, cit., p. 7 ss.; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 267.

<sup>7</sup> A. FALZEA, *La condizione*, Milano, 1941, p. 289, nota 96, discorre della delazione quale "meccanismo sottratto alla volontà del testatore". In tale direzione, il recente contributo di V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione delle delazione. Tra storia e funzioni*, in *Quaderni di "Diritto delle successioni e della famiglia"*, Napoli, 2015.

dal legislatore e la loro incidenza sul quesito oggetto di questo contributo.

## 2. La natura del termine per l'accettazione dell'eredità

L'art. 480 c.c., rubricato "Prescrizione", al comma 1, c.c., sancisce che il diritto di accettare l'eredità<sup>8</sup> si prescrive in dieci anni. A fronte della chiarezza del disposto normativo, che nessun dubbio dovrebbe porre all'interprete, non è affatto pacifica la natura del termine in discorso<sup>9</sup>.

Per provare a fare chiarezza sulla norma in discorso, appare utile muovere dalla disciplina recata dal codice previgente per verificare se i termini della questione vengano a mutare per effetto del trapasso dal vecchio al nuovo codice. L'art. 943 testualmente stabiliva che «la facoltà di accettare un'eredità non si prescrive che col decorso di trent'anni». Per la verità, taluna dottrina<sup>10</sup> ha efficacemente osservato che i due disposti normativi conoscono differenze terminologiche minime, apparentemente tali da non imbrigliare il discorso sulla natura giuridica del termine, temporalmente diverso nelle due norme, entro il quale accettare un'eredità<sup>11</sup>, in quanto *prima facie* i due disposti normativi tenuto conto unicamente delle proposizioni linguistiche conoscono divergenze davvero esigue.

E dunque, se stiamo alle formule adoperate dal legislatore, non dovrebbero esservi dubbi nel ritenere che il termine ivi previsto vada qualificato come termine di prescrizione e non già di decadenza. Tuttavia, già sotto il codice previgente non mancavano voci

dissenzienti, inappagate dall'apparente risolutività del tenore letterale della legge e propense a sconfessare la posizione dominante tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Il discorso si è riproposto, come anticipato, con l'attuale formulazione della norma, la quale non soltanto circoscrive a dieci anni il lasso di tempo entro il quale accettare l'eredità, e dunque incide sull'aspetto della durata del termine per accettare l'eredità ma discorre soprattutto di diritto anziché di facoltà.

A fronte di una parte considerevole della dottrina<sup>12</sup> e della giurisprudenza<sup>13</sup> che accoglie la natura prescizionale del termine, vuoi per la chiara<sup>14</sup> espressione

<sup>12</sup> G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 4a ed., Torino, 2006, p. 84; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1977, p. 143; G. BRUNELLI e C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1951, p. 78; L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, Bari, 1962, p. 459; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9a ed., Milano, 1962, p. 381, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, II, Torino, 1978, 125; F.S. AZZARITI, F. MARTINEZ e AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, 7a ed., Padova, 1979, p. 84; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965, p. 938; S. PIRAS, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, II, Milano, 1965, p. 105; GIU. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, in AA.VV., *Tratt. dir. priv.* Rescigno, V, *Successioni*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 149; GIU. AZZARITI, *Prescrizione del diritto alla accettazione dell'eredità di cui all'art. 480 c.c. ed imprescrittibilità della «petitio hereditatis» di cui all'art. 533 c.c.*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, cc. 1893 ss. e spec. c. 1895, secondo il quale la questione non ha più ragione di porsi con la nuova formulazione della norma; P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 758, secondo il quale non si può dubitare anche avuto riguardo alla disciplina applicabile; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. I. Parte generale. 1. Principi. Problemi fondamentali*, Napoli, 1955, p. 435; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. 4.2. Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996, p. 39; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia e le successioni*, 4a ed., Milano, 2005, p. 612 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 452; P. VITUCCI *Prescrizione e diritto successorio*, in *Riv. not.*, 1990, I, p. 70 ss.; F. ZABBAN, *Art. 480. Prescrizione*, in F. ZABBAN, A. PELLEGRINO, F. DELFINO, *Delle successioni*, in *Comm. c.c. ALPA e MARICONDA*, Milano, 1993, p. 63; G. SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 248 ss.

<sup>13</sup> Cass., 20 novembre 1952, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Successione*, n. 76; App. Torino, 14 ottobre 1955, in *Giust. civ., Mass. Corti app.*, 1955, n. 679; App. Napoli, 26 marzo 1958, in *Giust. civ., Mass. Corti app.*, 1958, n. 547; Cass., 12 luglio 1974, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1558; Cass., 17.2.1976, n. 522; Cass., 9.4.1980, n. 2290, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1329.

<sup>14</sup> Il concetto di chiarezza evoca il brocardo *in claris non fit interpretatio*. Per una sua critica, si vedano P. PERLINGIERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, I, pp. 159 ss. e 265 ss. In particolare, a pag. 591, si osserva che da una parte il brocardo *in claris non fit interpretatio* poggia "sul presupposto che la norma sia un'unità logica ben isolata empiricamente", dall'altra, "la norma non è mai sola, ma esiste ed esercita la sua funzione all'interno dell'ordinamento, e il suo significato muta con il dinamismo e la complessità dell'ordinamento medesimo; sì che

<sup>8</sup> È considerato come diritto potestativo da F. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, p. 18; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 79; ID., *Erede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 196; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 73 ss.; V. ANDRIOLI, *La vocazione ereditaria*, Siena, 1940, p. 45 ss. *Contra*, invece, L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, p. 28, secondo il quale è più corretto ricondurre l'accettazione dell'eredità alla figura semplice del "potere giuridico".

<sup>9</sup> Il tema della tecnica legislativa è estremamente avvertito dalla dottrina contemporanea. Per una verifica, si considerino le critiche mosse all'art. 448-bis c.c., introdotto dalla legge n. 219/2012 e poi modificato dall'art. 66 del dlgs. n. 154/2013, che prevede non già un'ipotesi di indegnità, bensì il primo caso previsto dalla legge di diseredazione del legittimario per giusta causa. In particolare, si veda F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448-bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1096, il quale, a fronte di un testo che, dai primi commenti, ha ricevuto più critiche che elogi, a pag. 1103 discorre di "ennesima testimonianza di una ormai ricorrente sciattezza legislativa".

<sup>10</sup> M. FERRARIO HERCOLANI, *I termini di decadenza di previsione testamentaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 341 ss.

<sup>11</sup> In tal senso, sotto il vigore del codice previgente, si vedano G. VENZI, in E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, 5, VI, 2, Firenze, 1923, p. 54 ss.; I. MODICA, *Se l'accettazione ereditaria sia soggetta a decadenza o a prescrizione*, in *Riv. giur. calabrese*, 1912.

della legge, vuoi perché si tratta della perdita di un diritto, ancorché potestativo, autorevole dottrina<sup>15</sup> ritiene che nonostante la lettera della legge il termine in parola sia da considerare come un termine di decadenza<sup>16</sup>.

In prima battuta, i sostenitori della tesi della natura decadenziale del termine nel quale è possibile accettare un'eredità osservano che nella fattispecie in esame non viene in rilievo l'inerzia del titolare di un diritto, non esercitato per un certo periodo di tempo, quanto invece non viene compiuto un atto negoziale che la legge richiede venga compiuto entro un determinato tempo<sup>17</sup>.

La dottrina che ha messo in campo lo sforzo ermeneutico più approfondito nell'analisi della natura giuridica del termine dell'art. 480 c.c. ha avuto modo

---

s'impone un'interpretazione evolutiva della legge" e "gli enunciati normativi espressi non sono in sé conclusivi: essi vanno esplicitati in conformità a ciò che dispone la tavola dei valori a fondamento dell'ordinamento". Analogamente ID. e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2004, p. 174.

Sulla seduzione esercitata da questa regola, anche nella giurisprudenza più recente, si veda G. MUSOLINO, *L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 475 e riferimenti giurisprudenziali ivi citati. Si aggiunga pure che, alcuna dottrina che sembrava respingerne l'influenza, ne ha poi patito il fascino. Si veda, sul punto, M. ROTONDI *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1968, p. 896, dove si legge che "anche la norma più perspicua e chiaramente formulata esige una interpretazione, non potendosi accettare i vecchi broccardi in claris non fit interpretatio, e clara non indigent interpretatione, se non nel senso che non deve andarsi a ricercare un significato occulto, là dove la lettera rivela chiara la intenzione che detta la disposizione".

<sup>15</sup> A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Tratt. dir. civ. comm.* A. Cicu e F. Messineo, XLII, 1, Milano, 1954, p. 168; L. CARIOTA E FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 358, osserva che, quando manca un soggetto passivo, non ricorre la ragione giustificatrice della prescrizione; E. BETTI, *Negoziio giuridico*, in *Enc. it. scienze, lettere ed arti*, XXIV, Roma, 1934, p. 467; L. FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, cit., p. 60. In giurisprudenza, App. Napoli, 2 luglio 1984, in *Dir. giur.*, 1986, p. 258.

<sup>16</sup> La dicotomia tra natura prescizionale o decadenziale del termine previsto dall'art. 480 c.c. non è seguita da U. REDAELLI, *L'eredità giacente*, Milano, 1948, pp. 186-187, per il quale, acquistandosi l'eredità *ipso iure*, oggetto del termine in questione è la qualità di erede, è tale qualità personale. Il preteso diritto di accettare non è altro che la legittimazione a valersi della veste di erede, sicché ciò che si perde è tale veste: l'ordinamento giuridico ricollega (l'effetto di) tale perdita all'inerzia, all'*abstentio* del chiamato, facendo così salvo il principio che non debba essere erede chi non lo voglia. E precisamente, a p. 186, l'A. osserva che "ciò che viene meno per il decorso del tempo non è né un diritto soggettivo, né un'azione, né un potere, né una facoltà; bensì una qualità personale, consistente nella titolarità di un rapporto fondamentale, e che quindi, pur essendo fonte di diritti soggettivi, non è esso stesso un diritto".

<sup>17</sup> L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* A. Scialoja e G. Branca, *Libro secondo: Successioni. Artt. 456-511*, Bologna - Roma, 1997, p. 305; A. CICU, *op. cit.*, p. 168.

di precisare come la prescrizione riguardi situazioni giuridiche ripetibili, ossia suscettibili di reiterato esercizio; inoltre, si è rilevato che essa interviene quando tale esercizio non sia cessato e non sia stato ripreso per una certa durata<sup>18</sup>.

Nell'ipotesi in parola, in verità, l'esercizio del diritto porta inesorabilmente alla consumazione del diritto stesso e dunque l'accettazione dell'eredità che non è più priva di un titolare ma lo ha ormai trovato, motivo per il quale non sono applicabili le disposizioni in tema di interruzione della prescrizione. Si aggiunge, altresì, che la prescrizione presuppone l'esistenza del rapporto giuridico, con indubbia difficoltà a riscontrare la sussistenza del rapporto giuridico ove di esso si accolga la prospettiva di relazione intercorrente tra soggetti. La peculiarità della fattispecie risiede, infatti, nella circostanza che vi è un compendio offerto da chi non è più nel mondo dei vivi, in favore di un soggetto al quale è richiesto di scegliere se subentrare o meno nei rapporti giuridici facenti capo al *de cuius*. Si rileva, altresì, che l'istituto della prescrizione è dettato a tutela del soggetto passivo del rapporto, il quale, per effetto della prescrizione, è liberato dal corrispondente dovere.

Nell'ipotesi in discorso, invece, manca un soggetto tenuto ad un comportamento, essendo indubitabile, anche da parte di coloro che sostengono la natura prescizionale del termine previsto dall'art. 480 c.c., che il chiamato all'eredità è facoltizzato a fare propria l'offerta dei beni ereditari accettandola, ma non certamente vi è un obbligo in tal senso<sup>19</sup>. Si rammenti che il legislatore del codice vigente non ha inteso riprendere la figura degli *heredes sui* di matrice romanistica, vale a dire di soggetti automaticamente eredi, senza bisogno di alcuna accettazione. Nel nostro ordinamento giuridico l'eredità va accettata ai sensi dell'art. 459 c.c., il quale prefigura una *fiction iuris* nell'assenza di soluzioni di continuità tra defunto ed erede per assicurare la certezza dei traffici giuridici, benché nella normalità dei casi trascorre del tempo tra apertura della successione ed accettazione dell'eredità. Le ipotesi di acquisto automatico dell'eredità altro non sono che specifiche sanzioni per non aver tenuto comportamenti prescritti per evitare la confusione dei patrimoni di

<sup>18</sup> L. FERRI, *op. cit.*, p. 306.

<sup>19</sup> È necessario effettuare un distinguo tra i termini "vocazione" - Secondo la dottrina maggioritaria, il termine "vocazione" indicherebbe l'aspetto soggettivo del fenomeno successorio, ossia la designazione di coloro che dovranno succedere al defunto. Con il termine "delazione", invece, si alluderebbe all'aspetto oggettivo della vicenda, consistente nell'offerta del patrimonio ereditario a un soggetto, il quale avrebbe il potere di acquistarlo mediante un atto di accettazione. Relativamente alle differenze tra vocazione e delazione, v. L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 35; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, pp. 17 e 18; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, I) Parte generale, Tomo I, Principi - Problemi fondamentali*, Napoli, 1959, p. 62 e ss.

erede e defunto nelle fattispecie considerate dagli artt. 485 e 487 c.c., ovvero per aver tenuto condotte poco commendevoli com'è a dirsi nell'ipotesi considerata dall'art. 527 c.c., concernente la sottrazione di beni ereditari.

Proprio l'assenza di un soggetto obbligato ad un preciso contegno è verosimilmente alla base della affermazione della giurisprudenza di legittimità<sup>20</sup>, secondo la quale la prescrizione del diritto di accettare l'eredità può essere fatta valere da chiunque.

Ciò ha portato ad affermare che all'ipotesi in esame non sono applicabili le previsioni recate dagli artt. 2941 c.c. e l'art. 2944 c.c. La prima norma, infatti, concerne la sospensione della prescrizione per rapporti tra le parti, e non si applicherebbe per l'evidente considerazione che, come appena visto, è inconferente ogni riferimento ad un rapporto tra parti nella fattispecie oggetto di analisi.

Analogo rilievo concerne pure la seconda norma, dal momento che non è ravvisabile alcuno spazio per il riconoscimento del diritto contemplato dalla medesima. Correttamente si osserva che, di là dal fatto che l'accettazione dell'eredità<sup>21</sup> è un atto negoziale non recettizio<sup>22</sup>, sarebbe davvero improbo sostenere che il riconoscimento proveniente dal chiamato in subordine faccia decorrere un nuovo termine decennale entro il quale accettare l'eredità.

Se il termine fosse di decadenza, come sostenuto da questa autorevole dottrina, l'avvenuto decorso del tempo potrebbe essere rilevato *ex officio* dal giudice, in quanto si tratterebbe di materia sottratta alla disponibilità delle parti. Inoltre, colui che assume di essere erede sarebbe onerato di dimostrare tale qualità, pro-

vando di aver accettato la delazione entro il termine di legge.<sup>23</sup>

Le ragioni, a tratti persuasive e certamente ben argomentate da questa autorevole dottrina in ordine alla natura del termine recato dall'art. 480 c.c., in considerazione del fatto che indubbiamente siamo di fronte ad una fattispecie di non facile inquadramento dogmatico e ad un ancor meno sicuro approdo pratico<sup>24</sup>, ad una più attenta riflessione risultano chiaramente collegate ad una peculiare ricostruzione della distinzione tra prescrizione e decadenza<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> L. FERRI, *op. cit.*, pp. 309-310.

<sup>24</sup> Sulla tendenza di alcuna parte della civilistica a classificare, a categorizzare, si vedano le interessanti riflessioni di P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica*, in ID., *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 4, che discorre con formula davvero felice di "frenesia classificatoria". L'A. sottolinea i pericoli derivanti dalle «generalizzazioni progressive» e così si esprime: «la scienza del diritto elaborata sul generale diventa astratta; il giurista non si immerge più nel particolare della vita e dell'esperienza ed i suoi libri nascono prevalentemente dalla riflessione su altri libri. Si palesa possibile l'allontanamento dal diritto vivente; la sistematica tende a divenire fine a se stessa e non già strumento per il progresso e per la migliore applicazione del diritto».

<sup>25</sup> La bibliografia in tema di prescrizione e decadenza è a dir poco cospicua. Si vedano almeno E. GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943; ID., *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 424 ss.; W. D'AVANZO, *Della prescrizione*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, VI, *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 947 ss.; G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, p. 169 ss.; V. TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948; A.D. CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, p. 1 ss.; P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 218 ss.; S. SATTA, *Interruzione della prescrizione sospesa*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 289 ss.; V. ANDRIOLI, *Sull'interruzione-sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 618 ss.; G. AZZARITI - G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. c.c. A. SCIALOJA E G. BRANCA, Libro sesto. Della tutela dei diritti (Art. 2934-2969)*, Bologna-Roma, 1964, p. 353 ss.; R. FERRUCCI, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario del Codice civile*, VI, t. 4, Torino, 1964; ID., *Prescrizione estintiva (Diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, p. 642 ss.; F.S. GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza. Commento agli artt. 2934-2969 del codice civile*, Roma, 1964; A. ORENGO, *Sull'eccezione di prescrizione presuntiva*, in *Foro pad.*, 1965, I, p. 583 ss.; P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su 'edificio da costruire'*, Napoli, 1966; F. LUCARELLI, *Il regime delle prescrizioni presuntive nei riguardi dei 'terzi convenuti'*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 389 ss.; C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1968; B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 886 ss.; ID., *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 56 ss.; ID., *Brevi note sul funzionamento automatico della prescrizione*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 165 ss.; E. MINERVINI, *La prescrizione ed i 'terzi'*, Napoli, 1994; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971; F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto su lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, p. 10 ss.; F. BIANCHI D'URSO, *Appunti in tema di prescrizione dei diritti del lavoratore*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 21 ss.; A. DI MAJO, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, II, p. 28 ss.; R. SCOGLIAMIGLIO, *La prescrizione dei crediti di lavoro nella più recente giurisprudenza*, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 789 ss.; R. ORIANI, *Processo di cognizio-*

<sup>20</sup> Su tutte, Cass., 30 luglio 1966, in *Mass. Foro it.*, 1966, n. 2130; Cass., 17 febbraio 1976, in *Mass. Foro it.*, 1976, n. 522.

<sup>21</sup> La dottrina prevalente inquadra il diritto di accettare l'eredità nella categoria dei diritti potestativi, vale a dire di quei diritti il cui esercizio da parte del titolare determina ex se una modificazione della realtà giuridica che investe la sfera di altri soggetti. Secondo G. MESSINA, voce *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 738, il diritto di accettare l'eredità sarebbe un diritto secondario, poiché offre al chiamato la possibilità di acquistare, con un'attività propria unilaterale, la titolarità del patrimonio ereditario.

<sup>22</sup> F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 368, il quale sottolinea che "come negozio unilaterale, essa è del tutto indipendente dalla chiamata e la sua eventuale invalidità non nuoce alla validità della chiamata stessa, sì che l'accettazione invalida può rinnovarsi. Si noti la profonda differenza dell'accettazione dell'eredità rispetto all'accettazione contrattuale, sebbene anche la prima sia atto *inter vivos*. Invero, la seconda costituisce la necessaria componente di un che di complesso, quale è il contratto (negozio a due o più parti), dove si combina con la proposta, per formare il consenso; mentre la prima non è destinata a combinarsi con la chiamata, restandone separata e indipendente". La teoria c.d. contrattuale del testamento, ascrivibile a Grozio e avallata da Kant, secondo cui anche nel testamento si può rintracciare un accordo tra il testatore che dispone e il successore che accetta, è stata sostenuta dalla dottrina meno recente. In tal senso, E. CIMBALI, *Il testamento è contratto?*, in *Filangieri*, 1884, I, p. 265 ss.

ne ed interruzione della prescrizione, Napoli, 1977; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980; ID., *Commento agli artt. 2934-2969 c.c.*, in *Comm. c.c.* P. PERLINGIERI, Torino, 1980, p. 561 ss.; P. VITUCCI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione (artt. 2934-2940 c.c.)*, Pescara, 1981; G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984; G. TRAVAGLINO, *La prescrizione nella sua elaborazione teorica*, in AA.VV., *La prescrizione e la decadenza*, III ed., Milano, 2008, p. 3 ss.; ID., *Decadenza e prescrizione nella elaborazione dottrinale*, in AA.VV., *La prescrizione e la decadenza*, cit., p. 377 ss.; F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione» (art. 2937, comma 1°, c.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 505, definiva la prescrizione come «il tormentone del rompicaço».

F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 32, sottolineava che essa rappresentasse «una specie di miracolo per cui il diritto diventa non diritto e viceversa». L'espressione, condivisa da S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987, p. 27, è ripresa anche da E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 12.

Quanto al fondamento della prescrizione, si contendono il campo varie posizioni. Una prima corrente di pensiero, a fronte di una dottrina tradizionale, per la quale il fondamento della prescrizione andrebbe ravvisato nell'interesse pubblico alla certezza e pacificazione dei rapporti giuridici, ravvisa nella prescrizione finalità privatistiche, che si manifesterebbero nell'affermazione, appunto, di un interesse privato alla liberazione da un vincolo di subordinazione. In tal senso, si veda A. AURICCHIO, *op. cit.*, p. 57. Nel senso che la prescrizione si porrebbe quale garanzia della certezza del diritto, si vedano F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, V, Torino, 1907, p. 272 ss.; G. AZZARITI - G. SCARPELLO *op. cit.*, p. 203.

Ritengono, invece, che sia una sanzione contro la negligenza (inerzia) nell'esercizio del diritto sono F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1959, p. 187 ss.; Aur. CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, p. 1 ss.; G. SCALFI, *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza*, in *Temi*, 1952, p. 234 ss.

Per P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 232 ss. essa è a tutela della mobilità dei beni. Per F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1977, p. 113 ss. e A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 500 ss., è un meccanismo di adeguamento della situazione di fatto (come nel caso di presunzione di pagamento o di remissione del debito risultante dal decorso del tempo). Verosimilmente questa opinione, molto risalente, è riconducibile a R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Milano, 1805, pp. 212 e 289.

Per P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1978, p. 241 tale istituto segnalerebbe il carattere essenzialmente temporaneo dei rapporti giuridici.

Ancóra, in una posizione più processualistica, la prescrizione sarebbe utile a porre un limite al contenzioso giudiziario. In tal senso parte della letteratura tedesca, tra cui K. LARENZ e M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., München, 1997, p. 335, secondo i quali una delle finalità della prescrizione è di proteggere il debitore dalla necessità di una prova che il decorso del tempo potrebbe aggravare (per la perdita della quietanza, l'irreperibilità di un testimone, etc.). In questo senso la prescrizione avvantaggerebbe il debitore, esonerandolo dal provare il pagamento quando il lungo tempo trascorso renderebbe complicato un simile onere. Con riferimento a tale ultima posizione, come anche rilevato da parte della letteratura, la difficoltà di provare il pagamento non spiegherebbe l'agevolazione del debitore sul piano probatorio, fino al punto di sacrificare il diritto del creditore: avere delle complicazioni nell'esibire prove del proprio adempimento non è altro che un semplice inconveniente.

Si veda anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali*.

Si intende dire, in altri termini, che i due istituti farebbero capo a situazioni giuridiche soggettive diverse.

Il *discrimen* tra di essi andrebbe ricercato muovendo dal concetto di potere, inteso come situazione giuridica soggettiva che consente al suo titolare la produzione di effetti giuridici senza la cooperazione del soggetto passivo del rapporto<sup>26</sup>.

Più precisamente, la prescrizione determinerebbe l'estinzione di un diritto soggettivo, diversamente dalla decadenza che riguarderebbe un potere<sup>27</sup>.

Tale impostazione è stata di recente oggetto di una serrata critica<sup>28</sup>. Si è sottolineato che non mancano ipotesi di potestà soggette a prescrizione ad esempio alcune potestà di impugnativa del negozio giuridico (artt. 1442, 1449 c.c.)<sup>29</sup> come anche di alcuni diritti soggettivi colpiti da decadenza. Si pensi, ad esempio, al diritto di garanzia per vizi o mancanza di qualità della cosa venduta (artt. 1495 e 1497 c.c.). Ma si consideri, altresì, il diritto del committente per vizi o difformità della cosa appaltata *ex art.* 1667 c.c. o per rovina e difetto di cose immobili *ex art.* 1669 c.c.<sup>30</sup>

Si è da ciò tratto il corollario che, stante la evidente difficoltà nel rinvenire sicuri indici differenziali tra i due istituti, sia preferibile optare per la natura prescrizione del termine in parola. In favore di tale qualificazione depongono almeno quattro motivi. In primo luogo, deve considerarsi la lettera della legge, che appunto discorre di prescrizione. In secondo luogo, può notarsi un indubbio parallelo con l'ordinario termine prescrizione fissato dall'art. 2946 c.c. In terzo luogo, benché nel diritto potestativo le distanze tra diritto soggettivo e potere vengano a ridursi, quello in discorso è pur sempre un diritto che si perde per effetto del non esercizio e non reclama, invece, un'attività da porre in essere. Infine, la prescrizione risponde ad istanze di certezza delle situazioni giuridiche e non è posta a tutela dell'interesse dei chiamati ulteriori. La tutela di questi ultimi, infatti, è assicurata dalla possibilità di esperire la c.d. *actio interrogatoria* di cui all'art. 481 c.c., così da richiedere al giudice la fissazione di un termine per l'accettazione da parte dei c.d. chiamati anteriori, al fine di diradare l'incertezza creatasi per il protratto silenzio dei primi chiamati.

Quanto poi all'ipotesi di riconoscimento, da parte

*La prescrizione*, Milano, 2012, p. 513.

<sup>26</sup> S. ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 46.

<sup>27</sup> A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 173.

<sup>28</sup> F. ROSELLI, *Decadenza (diritto civile)*, in *Enc. giur.* Treccani, X, Roma, 1988, pp. 2-3; ID., *La decadenza*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 20, II, 2° ed., Torino, 1998, p. 599.

<sup>29</sup> P. SARACENO, *Della decadenza*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 1014.

<sup>30</sup> P. SARACENO, *op. cit.*, p. 1014; G. PELLIZZI, *In margine al problema della decadenza*, in *Giur. it.*, 1957, IV, p. 38.

di un coerede, del diritto di accettare l'eredità spettante ad altro coerede, la giurisprudenza a più riprese ha affermato che si tratta di rinuncia tacita alla prescrizione *ex art.* 2937, comma 3, c.c., e non già di fatto interruttivo del termine prescrizione.<sup>31</sup>

Se allora il termine decennale per l'accettazione dell'eredità è termine di prescrizione, ne consegue che quest'ultima non potrà essere rilevata *ex officio* dal giudice ma dovrà essere eccepita dalla parte interessata<sup>32</sup>, sulla quale graverà, altresì, l'onere di provare la mancata accettazione nei termini di legge da parte di chi assume la qualità di erede.

Quest'ultima potrà essere acquistata, in maniera espressa come anche tacitamente, pure dopo il decorso del termine decennale, sempre che in via di eccezione non venga eccepita l'estinzione del diritto per prescrizione<sup>33</sup>. È evidente che, in tale ipotesi, al fine di assicurare il giusto temperamento tra gli interessi in gioco, ossia riconoscere al chiamato un adeguato *spatium deliberandi* entro il quale decidere se accettare o meno l'eredità, ed al contempo non sacrificare la continuità dei rapporti giuridici e la sicurezza dei traffici, il costo necessario e non evitabile da sopportare è quello di una situazione connotata di intrinseca precarietà<sup>34</sup>.

### 3. Il c.d. termine *ex voluntate testatoris*

Fissata la natura prescrizione del termine previsto dall'art. 480 c.c., anche sulla base del comma 2 di tale norma che in caso di istituzione condizionale fa decorrere il *dies a quo* dal momento in cui si verifica la condizione in tal modo rappresentando una puntuale applicazione della norma generale dell'art. 2935 c.c. dettata in tema di prescrizione resta da verificare se l'ereditando possa derogare al termine di legge per accettare l'eredità.

Il discorso in prima battuta sembrerebbe non molto complesso. Infatti, la risposta al quesito andrebbe collegata alla natura accordata al termine previsto dall'art. 480 c.c. Se si tratta di un termine di prescrizione, che si è visto essere la posizione accolta da dottrina e giurisprudenza prevalenti, contro la sua ammissibilità deporrebbe l'art. 2936 c.c., a mente del quale «è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione».

Diversamente, invece, aderendo all'avversa ricostruzione che ne afferma la natura di termine decadenziale tesi certamente minoritaria, benché autorevolmente sostenuta ed argomentata con dovizia di rilievi l'immodificabilità del termine legale dipenderebbe dal disposto dell'art. 2968 c.c., in quanto la delazione ereditaria rientra nelle materie sottratte alla disponibilità delle parti<sup>35</sup>.

L'una e l'altra impostazione, pur giungendo ad approdi diversi in ordine alla qualificazione del termine per accettare l'eredità, appaiono sorprendentemente univoche nel negare all'ereditando la possibilità di incidere sul termine per l'accettazione dell'eredità<sup>36</sup>.

A fronte di questa convergenza di risultati, tuttavia, non è mancato chi in dottrina<sup>37</sup> ha messo in campo un serio e circostanziato sforzo per provare a suffragare un simile *spatium operandi* per l'autonomia testamentaria. Il punto di partenza dal quale origina questo tentativo è dato dalla norma dell'art. 2965 c.c., in base alla quale il testatore può stabilire un termine di decadenza più breve, purché ciò non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

La tensione ermeneutica compiuto dalla dottrina che più di altre ha approfondito il tema è consistita nell'aver messo in risalto come gli artt. 2936 e 2965 c.c., lungi dall'essere norme in contrasto e dunque destinate ad elidersi reciprocamente, debbano invece essere lette in combinato disposto. In altri termini, la disposizione testamentaria attraverso la quale l'ereditando fissa il c.d. termine *ex voluntate testatoris* non apre alla predisposizione di un termine di prescrizione diverso da quello legale. Ove ciò accadesse, saremmo dinanzi ad una palese violazione del disposto dell'art. 2936 c.c., incorrendo nella nullità fissata da tale disposto normativo. È condiviso da questa dottrina che la disciplina della prescrizione, in considerazione degli interessi ad essa sottesi e di là dal fondamento che le si accorda, non può che essere soggetta alla legge.

Quello posto dal testatore, allora, diversamente dal termine di legge recato dall'art. 480 c.c., non si attegga a termine di prescrizione. Invero, si tratta di un termine che ha una natura diversa, e precisamente di decadenza<sup>38</sup>. Dunque, ne discende che l'ereditando,

<sup>35</sup> A. CICU, *op. cit.*, p. 168.

<sup>36</sup> Per B. FRANCESCHELLI, *Autonomia privata e termine ex voluntate testatoris per l'accettazione di eredità*, in *Giur. it.*, 1960, IV, p. 115 ss., l'inammissibilità del termine c.d. *ex voluntate testatoris* discenderebbe dal fatto che il potere regolamentare del testatore non potrebbe che servirsi di condizioni ed oneri, nei quali non è riconducibile l'ipotesi in discorso.

<sup>37</sup> L. COVIELLO JR., *Il termine ex voluntate testatoris per l'accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 383 ss.; P. SARACENO, *op. cit.*, p. 1022 ss.; F.S. GENTILE, *Della tutela dei diritti, in Il nuovo codice civile commentato*, VI, Napoli, 1958, p. 620; A. MAGAZZÙ, voce *Decadenza (Diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 239, nota 4; M. LEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 169.

<sup>38</sup> L. COVIELLO JR., *op. cit.*, pp. 389-390.

<sup>31</sup> Cass., 12 luglio 1974, n. 2091, cit.; Cass., 10 gennaio 1978, n. 68, cit.; Cass., 26 febbraio 1982, n. 1228, in *Mass. Giur. it.*, 1982, e, da ultimo, Cass., 5 febbraio 2004, n. 2202, in *Corr. giur.*, 2004, 4, p. 441 ed in *Notariato*, 2004, p. 237.

<sup>32</sup> La legittimazione è di chiunque interessato, anche se estraneo all'eredità. In tal senso, si vedano Cass., 9 aprile 1980, n. 2290, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1329; Cass., 14 marzo 1977, n. 1017, in *Arch. civ.*, 1977, p. 679.

<sup>33</sup> Cass., 27 ottobre 1969, n. 3529.

<sup>34</sup> F. VALENZA, *L'insostenibile leggerezza ... e fragilità del diritto di accettare l'eredità, ossia dell'acquisto dell'eredità per accettazione, espressa o tacita*, in *Casi e quesiti di diritto ereditario*, a cura di G. BONILINI, Padova, 2003, p. 122.

attraverso la disposizione testamentaria *de qua*, sostituisce un termine che opererebbe di *default*, con un termine volontario avente natura decadenziale di più breve durata<sup>39</sup>, assicurandosi sempre che non venga reso eccessivamente difficile l'esercizio del diritto<sup>40</sup>.

Contro l'ammissibilità del c.d. termine *ex voluntate testatoris* nemmeno può obiettarsi che la rubrica dell'art. 2965 c.c. discorre di "Decadenze stabilite contrattualmente", precludendo così all'autonomia privata di fissare termini decadenziali di durata più breve rispetto a quelli disposti dalla legge. Un simile argomento risulta impregnato di stretto positivismo, e soprattutto trascura di considerare il connaturale potere regolamentare che si riconosce al testatore.

Inoltre, è da rammentare che più recentemente si è riconosciuta la fissazione del termine da parte del testatore sul rilievo che, se è consentito al giudice di provvedervi in base all'art. 481 c.c., non si vede perché debba essere precluso al testatore, che del fenomeno successorio avente titolo nel testamento è l'attore protagonista<sup>41</sup>.

#### 4. Rilievi conclusivi

Volendo tirare le fila del discorso, e provando a mettere insieme i tasselli di un percorso non agevole ma di indubbio interesse anche operativo, la ricostruzione che ammette il c.d. termine *ex voluntate testatoris* sembra preferibile non solo per le motivazioni sopra elencate. Essa è anche in grado di armonizzarsi ad una diversa, moderna e più corretta lettura dell'autonomia

testamentaria<sup>42</sup>.

L'attuale e la futura stagione del testamento è quella di un atto che non è solo diretto a realizzare un'attribuzione patrimoniale di beni e diritti ma è soprattutto quella di un atto avente natura dispositivo regolamentare<sup>43</sup>, attraverso il quale dare forma ad interessi tra loro anche molto diversi<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Sul rapporto tra autonomia privata e testamento si vedano, tra gli altri, G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, p. 797 e A. NATALE, *In tema di autonomia privata nel diritto ereditario*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, p. 645 ss., il quale sottolinea che i principi enunciati agli artt. 41 e 42 Cost. rappresentano le linee guida anche in materia di diritto ereditario, ferma l'esigenza di individuare le modalità con cui realizzare la trasmissione della titolarità del patrimonio. La circostanza che l'autonomia non origina da un solo principio è condivisa anche da Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, p. 992, con nota di G. CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*, che si esprime così: «poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili. Pertanto, piuttosto che individuare il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale, da ricercare sono "i" fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale», la quale testualmente riprende le argomentazioni sostenute da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 329; ID. e C. DONISI, in P. PERLINGIERI et alii, *Manuale di diritto civile*, 8a ed., Napoli, 2017, p. 452.

Ed allora, nell'art. 41 Cost. si rinverrà il fondamento per la tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana; negli artt. 2, 13 e 32 Cost. per la cura della salute propria o altrui; negli artt. 2, 29 e 30 Cost. per le esplicazioni di autonomia, a contenuto patrimoniale e non, che hanno la loro ragion d'essere nella famiglia; ancora, nell'art. 18 Cost. per la tutela del diritto di associarsi; negli artt. 1 e 35 ss. Cost. per le estrinsecazioni di autonomia contrattuale nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato e così via. Per una verifica relativamente alla materia in discorso, si veda P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135 ss.

<sup>43</sup> M. TAMPONI, *Certezza del diritto e successioni per causa di morte*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, pp. 109 e ss., il quale chiaramente osserva che la causa attributiva non è più riguardata come elemento essenziale del negozio testamentario, "il quale ben potrebbe presentare come suo unico contenuto una dispensa da collazione, una ripartizione dei debiti ereditari diversa da ciò che prevede l'art. 1295 c.c., un divieto di divisione, un onere, l'esclusione del legittimario dalla disponibile, una revoca del testamento".

<sup>44</sup> Si pensi, ad esempio, al sempre più rilevante tema della c.d. eredità digitale. Per la letteratura in argomento, si vedano almeno, G.RESTA, *La «morte digitale»*, in ID., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, pp. 375 e ss.; S.DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 427 e ss. Si vedano anche, M.CINQUE, *La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 645 e ss.; L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, pp. 147 e ss.; U. BECHINI *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 (è leggibile in <http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>). Più di recente, sul c.d. contatto erede di

<sup>39</sup> La possibilità di prevedere termini di decadenza sostitutivi di quelli prescrizionali già era ammessa sotto il vigore del codice previgente. Per G. PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, vol. 2, Torino, 1924, p. 258 nota 146, con la decadenza convenzionale «la prescrizione non è modificata, ma è sostituita da un altro istituto congenere e dotato di una ancor più rigida ed energica attitudine al conseguimento dei fini essenziali della prescrizione; non si altera il mezzo legale, si adopera un altro mezzo». E poi, a p. 259: «mediante negozio giuridico si può accorciare la durata di una determinata azione sostituendo alla prescrizione una decadenza convenzionale, al cui particolare regolamento viene a trovarsi interamente sottoposto il rapporto intervenuto tra le parti». Con specifico riferimento alla previsione di un termine di decadenza imposto per testamento, sempre sotto il vigore del codice previgente, si veda I. MODICA, *Teoria della decadenza*, I, Torino, 1906, n. 214.

<sup>40</sup> G. AZZARITI - G. SCARPELLO, *op. cit.*, p. 353 ss. affermano che la difficoltà, nell'esercizio del diritto, va valutata caso per caso: ad esempio, possono anche essere sufficienti pochissimi giorni, per la semplice denuncia di un fatto; non così per proporre una domanda giudiziale.

<sup>41</sup> M. FERRARIO HERCOLANI, *I termini di decadenza di previsione testamentaria*, cit., p. 341.

Quanto alla legittimazione attiva a proporre la c.d. *actio interrogatoria*, si veda V. BARBA, *Actio interrogatoria e legittimazione attiva all'azione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 95 ss. Per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Cagliari, 23 novembre 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001, p. 805 ss., con nota di T. TEGAS, *Appunti sull'azione interrogatoria*.

Non è più sostenibile, se non a costo di sacrificare la diacronicità del diritto e la sua natura di scienza sociale, la tesi che risolve il contenuto testamentario nell'istituzione di erede e di legato<sup>45</sup>. Questi sono contenuti per così dire naturali ma non esclusivi dell'atto di ultima volontà<sup>46</sup>. Il testamento, infatti, può conte-

nere disposizioni meramente negative, come una dichiarazione di revoca, quanto non prettamente patrimoniali, come la diseredazione<sup>47</sup>.

L'ampliamento del contenuto del testamento si deve al diverso significato da assegnare al verbo "disporre"<sup>48</sup> recato dall'art. 587 c.c., il quale diventa sinonimo di regolamentare, di dettare una disciplina *post mortem* dei propri interessi, siano essi patrimoniali o meno<sup>49</sup>. Questa rinnovata stagione del contenuto testamentario, che finisce col respingere i tentativi mal

facebook, si veda V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 345 e ss.

<sup>45</sup> La letteratura in materia di legato è copiosa. Si vedano, almeno, G. AZZARITI, *Successioni (diritto civile): Successione testamentaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 805 e ss.; G. BONILINI, *I legati*, artt. 649-673, in *Cod. Civ. Comm.* SCHLESINGER, Milano, 2001; ID., *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990; ID., *Legato* (voce), in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, p. 509 e ss.; ID., *Testamento* (voce), in *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1999, p. 338 e ss.; G. BONILI e G.F. BASINI, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. CNN* PERLINGIERI, Napoli, 2003; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, I, p. 1105 ss.; V.R. CASULLI, *Successioni (diritto civile): successione necessaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 786 e ss.; A. GIORDANO MONDELLO, *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 724 ss.; F.P. LOPS, *Il legato, in Successioni e donazioni*, (a cura di) P. RESCIGNO, Padova, I, 1994; A. MASI, *Dei legati*, in *Comm. c.c. A. Scialoja e G. BRANCA*, Bologna-Roma, 1979; ID., *Legato*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, XLIII, 1, Milano, 1993; ID., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, XLIII, 2, Milano, 2000; E. PEREGO, *I legati*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, *Successioni*, II ed., Torino, 1997, p. 219-275; S. PIRAS, *La successione per causa di morte. Parte generale. La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. Grosso e Santoro Passarelli*, II, 3, Milano, 1965; C. ROMANO, *I legati*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, II, p. 979-1116; G. TAMBURRINO, *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1348 ss.; A. TRABUCCHI, *Legato (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 608 ss.; A. TRABUCCHI e A. RASI CALDOGNO, *Successioni (diritto civile): successione legittima*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 765.

Un approccio allo studio del legato in funzione non meramente attributiva per la realizzazione di una varietà di interessi facenti capo al *de cuius* ma che tenga in debita considerazione l'evoluzione della teoria della causa, giungendo ad applicare la funzione economico - individuale alla singola disposizione testamentaria, è stato di recente efficacemente sviluppato da E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, p. 74 ss.

Per lo studio dei legati nell'età classica, si vedano: P. VOICI, *Legato: a) diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, s.d., ma 1973, p. 707 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, (rist.) 1982, p. 704; B. BIONDI, *Legato (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 597 ss.; G. IMPALLOMENTI, *Successioni (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, s.d., ma 1971, p. 704 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I-III, Padova, 1964-1979.

<sup>46</sup> Il rapporto tra contenuti o caratteri naturali e quelli esclusivi può cogliersi nel rapporto tra legato e liberalità. Sul tema, si rinvia ad E. BETTI, *Legato e liberalità (diritto romano)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 650, secondo il quale «la qualifica di liberalità o di mero *beneficium*, non può mai avere il significato sociale che essa assume nell'atto di liberalità *inter vivos*, già per il fatto che *ubi mors interclausit omnia* è escluso che il debito di gratitudine contratto dal beneficiario possa mai assumere una portata sociale o giuridica analoga a quella che si rinviene nell'atto *inter vivos*». Analogamente si esprime A. TRABUCCHI, *Legato (diritto*

*civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 610. Sulla natura liberale del legato gravato da un onere che ne assorbe per intero il valore, la giurisprudenza ha affermato che si tratta comunque di atto di liberalità. Si veda Cass., 28 gennaio 1983, n. 812, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 263 e App. Napoli, 22 agosto 1957, in *Dir. giur.*, 1959, p. 149 ss., con nota di M. GIORGIANNI, *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*.

<sup>47</sup> Sulla diseredazione, non può non rinviarsi a Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, pp. 763 e ss.; R. MARINI, *Diseredazione e contenuto del testamento*, in *Corti salernitane*, 2012, pp. 405 e ss.; D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*, in *Vita not.*, 2012, pp. 665 e ss.; R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 307 e ss.; B. PROTANO - P. VENDITTI, *Il legato privativo e la diseredazione alla luce dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2014, II, pp. 109 e ss. A livello monografico, oltre al classico contributo del Bin, si vedano almeno D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, pp. 3 e ss.; P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione "affittiva" a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013; M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, pp. 80 e ss.

<sup>48</sup> Sull'atto di disposizione, si vedano almeno S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 3 ss.; R. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale* (Art. 2900-2906), in *Comm. c.c. A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Bologna-Roma 1957, p. 204; L. MENGONI - F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 189; L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, pp. 6-7, nota 3. La categoria degli atti di disposizione fu elaborata per designare una categoria di negozi giuridici contrapposti ai negozi obbligatori. La categoria degli atti di disposizione è molto ampia, ricomprendendo atti giuridici in senso stretto come il pagamento, ed assumendo particolare rilievo in essa i negozi abdicativi o rinunziativi e quelli di alienazione, questi ultimi a loro volta distinti in alienazioni traslative e costitutive.

Sulla differenza tra atti di disposizione (*genus*) e atti di alienazione (*species*), si veda S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 3-5. Approssimativamente, l'atto di disposizione ha quale effetto principale la diminuzione patrimoniale del titolare del diritto di cui si tratta, ma il più delle volte a tale depauperamento corrisponde come aspetto complementare del medesimo effetto un'attribuzione patrimoniale, cioè un arricchimento di un altro soggetto.

<sup>49</sup> G. BONILINI, (voce) *Testamento*, in *Dig. disc. Priv.*, Sez. civ., vol. XVII, Torino, 1999, pp. 338 e ss., ove si legge che la regolamentazione *post mortem* di interessi patrimoniali e non costituisce formula che "ha il pregio di indicare, in sintesi, la molteplicità di effetti che possono conseguire al negozio testamentario, che è fonte di diritti, di obbligazioni, di obblighi soltanto morali, di raccomandazioni".

riusciti i fuga dal testamento<sup>50</sup> in quanto ritenuto strumento declinante e inadeguato a dare attuazione alle mutate esigenze della società contemporanea<sup>51</sup>, rafforza le ragioni che depongono per l'ammissibilità del termine *ex voluntate testatoris*, rientrando pienamente tale ipotesi nel perimetro tracciato e costituendone una puntuale ipotesi applicativa.

<sup>50</sup> Una fuga poco riuscita è il c.d. patto di famiglia. In tema, si vedano almeno G. RECINTO, *Il patto di famiglia*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. CALVO e G. PERLINGIERI, I, Napoli, 2013, p. 671 ss., M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Tratt. breve succ. don.* Rescigno, coordinato da M. Ieva, II, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2010, p. 338 ss.; ID., *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero nel tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)*, in *Riv. not.*, 2009, II, p. 1092 ss.; G. RIZZI, *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento dell'azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, Padova, 2006, p. 23 ss.

<sup>51</sup> A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successione anomala*, Milano, 1983; ID., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 435 ss.; ID., *La dottrina civilistica italiana sui negozi trans mortem dagli anni cinquanta ad oggi*, in *La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi*, Padova, 1991, p. 221 ss.; ID., *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus. Riv. sc. giur.*, 1997, p. 289 ss.; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. CNN Perlingieri*, Napoli, 2003, p. 10 ss., il quale, a p. 3, nello studio dei fenomeni così detti parasuccessori, avverte l'esigenza di considerarne e tutelarne le ragioni con il "fine di salvare la efficacia dell'attribuzione"; ID., *Provenienze donative, successioni trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 317 ss.; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 2004, p. 116 ss. Le caratteristiche dei negozi c.dd. *trans mortem* starebbero in ciò: «a) il contratto costituito in vita deve determinare il trasferimento del bene e prevedere la morte solo quale condizione degli effetti negoziali, che possono in parte essere anticipati senza che ciò pregiudichi la possibilità di bloccarne per una giusta causa lo svolgimento; b) il soggetto contrattuale, di cui la morte costituisce l'evento dedotto in condizione, deve rimanere titolare di uno *ius poenitendi* (diritto di recesso o revoca) circa la costituzione del contratto, che tuttavia può farsi dipendere da un fatto che lo giustifichi». Così, A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 16. Ancora, si veda F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1023 ss.

## Su un caso di apatia istruttoria.

*Nota a Corte di Appello di Potenza, 31 gennaio 2018, n. 47*

### abstract

*With regard to article 67 of the bankruptcy law, cannot be excluded the knowledge of the state of insolvency, on the part of the purchaser, when the contract was stipulated by the shareholder of a company on a personal basis, as a result of the bankruptcy of the company, for the simple fact of not have entered into the contract as a member. The article 67 of that law imposes to the bankruptcy procedure, which acts in trial, to prove only the disproportion of the performances, while to the opposed part, if it does not want to remain unsuccessful, it requires to prove circumstances that demonstrate the incompatibility with the state of insolvency.*

### keywords

*Insolvency – Proof – Burden.*

### abstract

*In materia di art. 67 l.fall., non può escludersi la conoscenza dello stato di insolvenza, da parte dell'acquirente, allorquando il contratto sia stato stipulato dal socio di una società su base personale, per effetto del fallimento della società, per il solo fatto di non avere stipulato il contratto nella sua qualità di socio. L'art. 67 cit. impone al fallimento, che agisce in giudizio, di provare soltanto la sproporzione delle prestazioni, mentre alla parte contrapposta, se non vuole rimanere soccombente, impone di provare circostanze che dimostrino l'incompatibilità con lo stato di insolvenza.*

### parole chiave

*Insolvenza – Prova – Onere.*

**L'accertata sproporzione tra le prestazioni non giustifica la revoca dell'atto a norma dell'art. 67 l.fall., dovendosi escludere la conoscenza dello stato di insolvenza, in capo all'acquirente, sia perché il**

**venditore – dichiarato fallito in quanto socio di una s.n.c. fallita – non ha stipulato il contratto nell'anzidetta qualità di socio sia perché il fallimento attore non ha fornito la prova di continuità di rapporti commerciali tra le parti.**

Corte di Appello di Potenza, 31 gennaio 2018, n. 47  
Cons. Est. dott. Cataldo C. Collazzo

*(Omissis)*

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Fallimento \*\*\*\*\* e dei suoi soci illimitatamente responsabili, \*\*\*\*\*, ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Potenza \*\*\*\*\*, esponendo che con atto notarile del 3.11.2011 \*\*\*\* aveva venduto al convenuto un appartamento facente parte di un complesso edilizio in \*\*\*\*\*, al prezzo di lire 24 milioni.

Il prezzo di tale compravendita, nella prospettiva dell'attore, era stato di gran lunga inferiore al valore effettivo dell'immobile e pertanto essa era stata posta in essere in pregiudizio dei creditori.

Chiedeva pertanto l'attore di revocare l'atto ai sensi dell'art. 67 L. Fall. e per l'effetto di dichiarare l'inefficienza dell'atto per notaio \*\*\*\*\* del \*\*\*\*\*; rep n. \*\*\*\*\*, registrato a \*\*\*\*\* al n. \*\*\*\*\* e trascritto a \*\*\*\*\* il \*\*\*\*\* ai nn. \*\*\*\*\*; di condannare il convenuto alla restituzione del bene ovvero al pagamento dell'equivalente in denaro del valore dell'immobile.

Si costituiva ritualmente il convenuto, deducendo il suo assoluto difetto di conoscenza dello stato di decozione del venditore e contestando che il prezzo pagato fosse inferiore al reale valore dell'immobile. Aggiungeva inoltre che il prezzo di lire 24 milioni era stato integralmente pagato al momento della stipula del contratto preliminare, avvenuta il 10.11.1993.

\*\*\*

Il Tribunale, con la sentenza impugnata, ha accolto la domanda e dichiarato l'inefficacia, nei confronti del fallimento e della massa dei creditori, dell'atto di compravendita impugnato; ha inoltre condannato il convenuto al rilascio dell'immobile e al pagamento delle spese di lite.

Il Tribunale ha affermato:

- che non è contestato che il contratto di compravendita è stato stipulato in data 3.11.2000 e cioè nel biennio anteriore alla dichiarazione di fallimento di Guglielmi Donato;
- che vi è prova della sproporzione notevole fra le prestazioni;
- che nessun pregio riveste la deduzione del convenuto che il prezzo sia stato integralmente pagato all'atto della stipula del preliminare;
- che il convenuto non ha provato la mancata conoscenza dello stato di insolvenza in cui si trovava la società fallita al momento della stipula dell'atto.

\*\*\*

Avverso tale sentenza ha proposto appello \* \* \* \* \*

Si è costituita la curatela del Fallimento \* \* \* \* \* e dei suoi soci illimitatamente responsabili \* \* \* \* \*, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza del 18 luglio 2017 la causa è stata trattata in decisione, con assegnazione alle parti dei termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, l'appellante contesta *il ragionamento portato dall'impugnato provvedimento in ordine al requisito della sproporzione delle prestazioni.*

A tal riguardo, si afferma che la prova di detta sproporzione è stata affidata ad una CTU redatta per la stima di altri appartamenti siti nel medesimo compendio immobiliare.

Il motivo è infondato.

Nel corso del giudizio di primo grado, il curatore ha prodotto copia della consulenza di CTU disposta dal Tribunale di \* \* \* \* \* per la stima di altri appartamenti siti nel medesimo complesso immobiliare, anche di dimensioni pari a quelle oggetto dell'atto impugnato.

Sulla base di tanto, poi, il Tribunale ha disposto accertamento tecnico per l'esatta quantificazione del valore di mercato dell'immobile.

Trattasi, nella specie, di consulenza cd. percipiente, in ordine alla quale si afferma che *benché le parti non possano sottrarsi all'onere probatorio a loro carico invocando, per l'accertamento dei propri diritti, una consulenza tecnico di ufficio, non essendo la stessa un mezzo di prova in senso stretto, è tuttavia consentito al giudice fare ricorso a quest'ultima per acquisire dati la cui valutazione sia poi rimessa allo stesso ausiliario (c.d. consulenza percipiente) purché la parte, entro i termini di*

*decadenza propri dell'istruzione probatoria, abbia allegato i corrispondenti fatti, ponendoli a fondamento della sua domanda, ed il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche. (Così statuendo, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva respinto, ritenendola carente di prova, una domanda risarcitoria per danni cagionati da abuso di posizione dominante, benché l'attore avesse "ab initio" allegato l'insieme delle ripercussioni negative derivategli dall'applicazione di una normativa nazionale contrastante con l'ordinamento comunitario, al cui accertamento aveva altresì tempestivamente chiesto darsi seguito con un'istanza non accolta di c.t.u. finalizzata alla quantificazione di tali danni). (Sez. 1, Sentenza n. 20695 del 10/09/2013, Rv. 627911 - 01).*

\*\*\*

Con il secondo motivo, l'appellante lamenta che la sentenza impugnata non abbia tenuto conto della *contestata assoluta ignoranza nell'acquirente dello stato di insolvenza in cui presuntivamente poteva trovarsi il venditore.*

Si afferma a tal riguardo, che dall'esame dell'atto di compravendita *emerge che il soggetto che ha partecipato alla sottoscrizione in qualità di venditore era tal sig. \* \* \* \* \* in proprio e nessun elemento poteva far desumere la sua qualità di socio illimitatamente responsabile della società \* \* \* \* \*, poi fallita.*

Il motivo è fondato.

Sul punto, il Tribunale ha apoditticamente affermato che *in difetto di qualunque prova da parte dei convenuti dello stato di insolvenza in cui si trovava la società poi fallita al momento dell'atto, deve disporsi la revoca dell'atto impugnato.*

La giurisprudenza di legittimità afferma che *in tema di prova contraria della conoscenza dello stato di insolvenza, presunta nella revocatoria fallimentare ex art. 67, primo comma, n. 1, legge fall., la certezza della sua esclusione esige, anche mediante il ricorso a presunzioni, concreti collegamenti tra il convenuto ed i sintomi conoscibili, per una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza, del predetto stato; ne consegue che va attribuito rilievo alla contiguità territoriale del luogo in cui opera l'impresa, alla occasionalità ovvero alla continuità dei rapporti commerciali con essa ed alla loro importanza, all'epoca dell'atto rispetto alla dichiarazione di fallimento (cfr. da ultimo Cass. Sez. 1, Sentenza n. 17286 del 30/07/2014).*

Nel caso di specie, il \* \* \* \* \* è intervenuto quale parte del contratto di compravendita non quale socio della società poi dichiarata fallita; inoltre, il compratore \* \* \* \* \* risulta nato a Napoli e domiciliato in Villaricca (NA), mentre il \* \* \* \* \* ha dichiarato di domiciliare in Potenza; non vi è prova di continuità di rapporti commerciali fra le parti.

Tali elementi consentono di affermare che non sussistono i *richiesti concreti collegamenti tra il convenuto ed i sintomi conoscibili* e che anzi sia la mancata contiguità territoriale con il luogo in cui operava l'impre-

sa sia l'occasionalità del rapporto costituiscono indici presuntivi capaci di superare la presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza.

\*\*\*

L'accoglimento di tale motivo di appello è assorbito rispetto agli altri, con i quali contesta le conclusioni in ordine alla sproporzione del prezzo pagato rispetto al reale valore dell'immobile e alle conclusioni del consulente, sulle quali la sentenza impugnata si fonda.

\*\*\*

La disciplina delle spese del doppio grado di giudizio segue la soccombenza.

La curatela fallimentare deve essere quindi condannata al pagamento di tali spese in favore dell'odierno appellante.

La liquidazione dei compensi è effettuata, per il primo grado, applicando le tariffe previste dal D.M. n. 127 del 2004 (cfr. Cass. sent. n. 2748/2016).

Per l'appello, la liquidazione è invece effettuata alla stregua degli artt. 1, 2, 4 e 28 del Decr. Min Giustizia 10.3.2014 n. 55 (cfr. Corte Cost., ord. n. 261/2013), tenuto conto del valore della causa e con riferimento allo scaglione fino a 26.000,00 euro.

P.Q.M.

(*Omissis*)

### Su un caso di apatia istruttoria

Leggendo la sentenza dalla quale è tratta la massima in epigrafe, il pensiero è schizzato (fulmineo) ad una lettura degli anni giovanili. Mi riferisco ad una (deliziosa) recensione del VERDE, dal titolo *Le presunzioni giurisprudenziali*, apparsa sul "Foro italiano" del 1971 (destinato agli *Scritti in memoria di Carlo Furno*). Ricordavo, in particolare, l'interrogativo di fondo evidenziato nello scritto e, cioè, «l'obiezione che il positivista rigoroso» avrebbe potuto muovere «quando osserva che non vi è spazio tra le presunzioni semplici e quelle legali, disposte queste ultime da norme singolari e insuscettibili di applicazione analogica». L'obiezione, secondo l'Autore, sarebbe apparsa insuperabile «nel quadro di una concezione rigidamente legalista del sistema», mentre sarebbe stata «del tutto priva di significato quando si assuma che il sistema non è un mondo chiuso e autosufficiente, ma è destinato a completarsi all'atto della sua traduzione in azione concreta per il tramite degli organismi all'uopo esistenti». Il sistema positivo, dunque, non costituirebbe un hortus conclusus, tant'è che il Verde segnalava, circa mezzo secolo fa, come spesso delle motivazioni fossero state articolate su presunzioni, non fondanti il convincimento del giudice in una determinata direzione, ma tese ad incidere sull'assetto degli oneri probatori.

Tra le massime passate in rassegna dall'Autore, una assume particolare rilievo nell'analisi della decisione

resa dai giudici lucani. Si tratta di Cass. n.1268/68 (in *Foro it.*, 1968, I, 3027): il Supremo Collegio, in quell'occasione, sancì l'inopponibilità al fallimento del patto di riservato dominio registrato in data anteriore alla declaratoria di fallimento, ma in data successiva alla data di consegna del bene venduto. La Corte, così, venne a statuire che il patto di riservato dominio potesse essere utilmente invocato solo fornendo la prova della sua efficacia e, quindi, solo fornendo la prova che fosse stato coevo (e non successivo) alla vendita, perché, altrimenti, la proprietà sarebbe già passata (per effetto della vendita) in capo all'acquirente. L'onere della prova, delineato nella circostanza e gravante sul venditore-rivendicante (nei confronti della procedura fallimentare), era da ravvisarsi nella necessità di accertare la contestualità tra la vendita ed il patto di riserva della proprietà sino all'integrale pagamento del prezzo, contestualità che avrebbe dovuto escludersi per essere avvenuta la consegna del bene in epoca antecedente alla redazione del contratto di vendita, ancorché il patto di riservato dominio fosse risultato (in forza di atto avente data certa opponibile) coevo al contratto. Il Verde, pur formulando riserve circa la presunzione in argomento, ossia sul fatto che la vendita potesse ritenersi conclusa con la consegna del bene, alla fine apprezzò la *ratio* ispiratrice del ricorso al procedimento presuntivo, ravvisandolo nella «necessità, ben più sentita, di tutelare il ceto creditorio da possibili attività fraudolente intese a violare il principio del trattamento concorsuale». D'altronde, anche Cass. n.1268/68 cit. precisa che il patto di riservato dominio, se concluso senza corrispettivo in epoca successiva alla vendita, avrebbe potuto integrare un atto a titolo gratuito, cui sarebbe conseguita anche l'inefficacia a norma dell'art. 64 l. fall. In altre parole, la consegna di un bene (nella fattispecie, un'autogru) indusse la Cassazione a ratificare la decisione resa dal giudice di merito, il quale presuppose che la consegna del bene postulasse la conclusione del contratto di vendita, sicché il patto di riservato dominio, posto in essere successivamente, era da considerarsi inefficace, o, addirittura, giuridicamente inesistente, non potendo rinviarsi la produzione di un effetto (quello traslativo della proprietà) già prodottosi.

Quando si parla di presunzioni il rischio è enorme, perché il ragionamento si sposta sul (lo scivoloso) terreno della logica. Si potrebbe, difatti, facilmente scadere nella filosofia di bassa lega o, illudendosi di coltivare adeguatamente la logica sottesa ai processi deduttivi (o induttivi), si potrebbero enunciare delle mere banalità. Tuttavia, per suffragare la conclusione cui pervenne la Cassazione, basterà pensare che il venditore può tutelarsi, mediante la riserva di proprietà della cosa venduta, solo se il pagamento è rateale (art. 1523 c.c.) e, di conseguenza, appare inverosimile che (seppure l'ammontare del prezzo fosse stato pattuito) solo dopo la consegna del bene le parti stabiliscano l'ammontare, la

scadenza e, dunque, il numero delle rate.

L'insieme degli esaminati postulati risulta – a mio sommessimo avviso – sia in linea con le regole dell'inferenza sul piano probabilistico sia in linea col sistema normativo (artt. 2727 e 2729 c.c.). Il quadro che ne viene fuori è quello di un perfetto connubio tra diritto (positivo) e logica (compatibile col primo).

E, per evitare di rimanere impaniati in inutili e fuorvianti disquisizioni, mi limito a rimarcare che «non ogni inferenza da un “fatto noto” al “fatto ignorato” fornisce la prova di quest'ultimo, poiché vi possono essere inferenze dubbie, vaghe, contraddittorie o comunque così “deboli” da non essere sufficienti a tal fine» (così TARUFFO, in *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, vol. III, t.2, sez. 1, Milano 1992, pag. 443 e ss.).

Assumendo la natura probabilistica (prevalente) come criterio fondante l'inferenza presuntiva, non può non desumersi che un imprenditore consenta ad altri di utilizzare il proprio macchinario (peraltro di rilevante entità economica) solo se si sia premunito di un preventivo regolamento negoziale, magari nella forma del c.d. “nolo a freddo” o “nolo a caldo”, od anche nella forma di un comodato (sia pure simulante una locazione). In definitiva, il fatto della consegna del bene (di notevole valore) integra un comportamento (fortemente) indiziante del suo trasferimento, mentre la (successiva) formalizzazione della vendita (mediante la redazione del relativo contratto) e la contestuale previsione della riserva di proprietà, in forza delle inferenze probabilistiche, lasciano presupporre un accordo (tra venditore ed acquirente) per “blindare” il bene e, dunque, per metterlo al riparo dall'esperimento di eventuali azioni esecutive da parte dei creditori dell'acquirente, o nel caso di fallimento di quest'ultimo.

Non può dirsi altrettanto della summenzionata sentenza della Corte di Appello di Potenza. Vediamo perché.

I Giudici del gravame hanno riformato la sentenza del Tribunale, che aveva accolto la domanda, proposta ex art. 67 l.fall., per la declaratoria di inefficacia di una vendita immobiliare, utilizzando un procedimento induttivo o deduttivo (insomma presuntivo) in palese violazione del disposto normativo di natura sostanziale e processuale.

Andiamo per ordine.

La Corte lucana, dopo aver ritenuto infondato il motivo di appello concernente la sproporzione del prezzo, ha ritenuto fondata la censura afferente l'ignoranza, da parte dell'acquirente, dello stato di insolvenza del venditore, ancorando l'ignoranza in questione alla circostanza che il venditore, socio dichiarato fallito ai sensi dell'art. 147 l.fall., avrebbe venduto «in proprio» l'immobile e, pertanto, «nessun elemento poteva far desumere la sua qualità di socio illimitatamente responsabile della società [...] poi fallita».

Abbiamo visto come le presunzioni c.d. “giurisprudenziali” hanno la virtù di spostare il baricentro dell'onere probatorio, riuscendo ad ampliare il campo della (rigida) contrapposizione, secondo lo schema adottato dall'art. 2697 c.c., tra i fatti costitutivi e quelli neutralizzanti l'efficacia di questi ultimi: e ciò mediante l'ingresso (legittimo) nella fase probatoria di fatti semplicemente noti (nel caso esaminato, consegna del bene prima della formalizzazione del contratto di vendita), i quali, pur non producendo *tout court* l'effetto di privare di efficacia i fatti allegati (*rectius*, provati), consentono di dedurre l'esistenza di una conseguenza giuridica (nel caso esaminato, la vendita del bene per effetto della sua precedente consegna), la cui non (precedente) esistenza integrava un elemento (indefettibile) della fattispecie costitutiva del diritto fatto valere (nel caso esaminato, la pretesa restitutoria del bene oggetto del patto di riservato dominio). Si trattava, a ben vedere, di un fatto c.d. “negativo”, in assenza del quale cedrebbe la struttura del fatto costitutivo. Invece, i giudici lucani, pur tacciando di apodissi il primo giudice, ricorrono ad una valutazione aritmetica che, mutuando un'espressione dal gergo del *football*, ha condotto ad un pareggio, ovvero, di fronte alla prova della sproporzione tra le prestazioni, è stato sufficiente affermare che il venditore, non avendo sottoscritto l'atto vendita in qualità di socio (della società fallita), ma «in proprio» (sic), avrebbe impedito all'acquirente di conoscere detta qualità (non è perspicuo, tra l'altro, a quale sottoscrizione si sarebbe contrapposta quella «in proprio»). In verità, per escludere l'ignoranza sulla qualità di socio sarebbe stato sufficiente considerare che una semplice visura camerale avrebbe consentito (agevolmente) di verificare l'esistenza dell'anzidetta qualità e, dunque, sarebbe stato forse opportuno ricordarsi del (sacrosanto) principio per cui *vigilantibus, non dormientibus* .....

Non solo.

La conoscenza, da parte dell'altro contraente, della qualità di imprenditore commerciale assoggettabile alla procedura fallimentare a norma dell'art. 1 l. fall., integrerebbe un onere inesigibile allorché il soggetto, come nel caso che ci occupa, venga dichiarato fallito in quanto socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo (comb. disp. artt. 147 l. fall. e 2291 c.c.). A ben vedere, l'art. 147 cit., laddove prevede il fallimento di soggetti che imprenditori non sono, si pone come norma eccezionale sia rispetto all'art. 1 cit. (sul requisito soggettivo, ovvero sulla qualità di imprenditore assoggettabile alla procedura fallimentare) sia rispetto all'art. 5 (sul requisito oggettivo, ovvero sullo stato di insolvenza). Ebbene, la delineata “specialità” avrebbe consentito di escludere che il legislatore abbia richiesto, come presupposto per l'azione revocatoria prevista dall'art. 67 l. fall., la conoscenza che il soggetto, poi dichiarato fallito, fosse socio illimitatamente responsabile di una società.

Può, a questo punto, tracciarsi una prima diversità di approccio all'onere della prova, rispetto a quello "rivisitato" alla luce delle presunzioni "giurisprudenziali". La Corte di Appello di Potenza ha, sbrigativamente, liquidato la questione, enunciando un precetto assolutamente non condivisibile, avendo sancito che, nonostante la sproporzione tra le prestazioni, qualora parte di un contratto sia il socio di una società in seguito fallita, è da escludere la conoscenza dello stato di insolvenza ogni qualvolta il contraente non dichiarò tale qualità! La conseguenza? La disciplina, se si condividesse l'enunciato *de quo*, consentirebbe ai soci illimitatamente responsabili di porre in essere (pur operando nell'interesse di una società a base personale) atti non assoggettabili al rimedio revocatorio previsto dalla legge fallimentare, purché la circostanza venga taciuta al momento della conclusione del contratto. Non escludo peraltro che, se questa fosse l'interpretazione conforme al dato normativo, la disposizione sarebbe venuta a trovarsi in contrasto con le (sopravvenute) norme costituzionali, dacché gli atti posti in essere dal socio di una società poi fallita assurgerebbero al rango di una categoria privilegiata, con conseguente pregiudizio dei creditori concorsuali. La corte potentina, pur condividendo le conclusioni del tribunale circa la sproporzione tra le prestazioni, ha ritenuto, in maniera acritica, che la mancata conoscenza della qualità di socio potesse privare di rilevanza la prima circostanza, mentre sarebbe stato, ad esempio, opportuno che avesse verificato se il venditore, pur non avendo dichiarato la propria qualità di socio, avesse posto in essere la vendita nell'ambito di un'attività di impresa, circostanza dalla quale sarebbero potute scaturire delle inferenze particolari circa la conoscenza dello stato di insolvenza: i giudici del gravame, viceversa, si sono "affrettati" a valorizzare (in modo assoluto) l'omessa menzione della qualità di socio, laddove avrebbero potuto verificare se tale qualità risultasse *aliunde*.

Sbalordisce, poi, come la Corte abbia interpretato il *dictum* di Cass. n.17286/2014 (citata a sostegno della soluzione prescelta): il giudice della nomofilachia (richiamando la sua precedente decisione n.3781/2008), statuiva che «in tema di prova contraria della conoscenza dello stato di insolvenza, presunta nella revocatoria fallimentare ex art. 67, primo comma, n.1, legge fall., la certezza della sua esclusione esige, anche mediante il ricorso a presunzioni, concreti collegamenti tra il convenuto e i sintomi conoscibili, per una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza, del predetto stato; ne consegue che va attribuito rilievo alla contiguità territoriale del luogo in cui opera l'impresa, alla occasionalità ovvero alla continuità dei rapporti commerciali con essa ed alla loro importanza, all'epoca dell'atto rispetto alla dichiarazione di fallimento». Sulla base di questa premessa, la Cassazione concluse - cassando la sentenza che aveva rigettato la domanda di revocatoria fallimentare - che non erano emer-

si elementi atti ad escludere la *scientia decotiois*, in quanto non aveva ravvisato nell'impugnata sentenza alcun riferimento alla «contiguità territoriale del luogo in cui opera l'impresa, alla occasionalità ovvero alla continuità dei rapporti commerciali con essa ed alla loro importanza». Nella sentenza in commento si legge che «non vi è prova di continuità di rapporti commerciali tra le parti». La deduzione non è in linea col principio sancito da Cass. n.17286/2014 cit. e si pone in (frontale) contrasto col disposto di cui all'art. 67 cit. Difatti, il sistema revocatorio previsto dalla citata norma è speciale rispetto a quello (ordinario) previsto dall'art. 2901 c.c., essendo presunta la *scientia decotiois*, sicché, come tutti i fatti presunti, esonera la parte dall'onere di provarlo, incombendo sull'altra parte l'onere probatorio contrario per eludere le conseguenze della presunzione. L'art. 67 cit. prevede, in capo al fallimento agente, il solo onere probatorio in ordine alla sproporzione delle prestazioni, ma non stabilisce altri oneri probatori, quali quello avente ad oggetto la «continuità di rapporti commerciali»: ne consegue che, alla stregua di Cass. n.17286/14 cit., sarebbe stato onere del convenuto provare l'«occasionalità» dei rapporti e non onere del fallimento provare la «continuità di rapporti commerciali». La corte potentina si è completamente disinteressata dell'onere (gravante sul convenuto) per vincere la presunzione (di cui gode il curatore), onere che - secondo il parametro fornito da dottrina e giurisprudenza - altro non è se non l'onere di provare circostanze concrete, oggettive e specifiche (v. Cass. 15.02.2008, n.3781) e che, dunque, consiste nel fornire la prova contraria della conoscenza dello stato di insolvenza. Ne discende che - come tale - non può avere un connotato negativo, dovendo concretarsi nella (positiva) dimostrazione che, allorché fu posto in essere l'atto, sussistessero circostanze incompatibili col ritenere l'esistenza di uno stato di insolvenza, ma che, al contrario e ad una persona di media avvedutezza, facessero ritenere che l'imprenditore si trovasse in una normale situazione di esercizio di impresa (Cass., 17.11.2016, n.23424).

V'è di più. La sentenza in commento, non solo ha "alleggerito" l'onere probatorio dell'acquirente (avendo dedotto - come si è visto - l'*inscientia decotiois* dalla mancata indicazione della qualità di socio), ma, addirittura, ha ritenuto di "mettere la sordina" all'art. 67 cit., avendo aggiunto all'(unico) onere probatorio gravante sul fallimento (ossia la prova della sproporzione tra le prestazioni) quello concernente la «continuità di rapporti commerciali».

La sentenza, infine, merita un'ultima annotazione. In essa si legge che l'appellante (acquirente) «risulta nato a Napoli e domiciliato in Villaricca» e che il venditore «ha dichiarato di domiciliare a Potenza»: dal testo della stessa, invece, tali circostanze non risultano dedotte come motivi di impugnazione e, quindi, i giudici del gravame hanno esercitato il potere di sinda-

cato in violazione del principio del *tantum devolutum quantum appellatum* (art. 342 c.p.c.).

Concludendo, posso dire che uno scritto di molti anni or sono si è rivelato un efficace strumento gnoseologico per mettere a nudo le deficienze del modello probatorio assunto dalla Corte di Appello di Potenza: l'attività conoscitiva dei fatti giudizialmente rilevanti non riceve una spinta propulsiva dalle argomentazioni fondanti la soluzione prescelta, ma anzi ne esce indebolita con (indubbia) ripercussione negativa sull'intera struttura processuale e, con essa, ne esce indebolito l'intero processo, atteso che il momento probatorio rappresenta l'essenza problematica dello stesso.

Concludendo, non c'è da augurarsi che l'approccio all'onere della prova, praticato dalla Corte di Appello di Potenza, rimanga un precedente infecondo!

## Il Repechage nel Licenziamento per Giustificato Motivo Oggettivo. *Nota a Cass., Sez. Lav., sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016*

### abstract

*The Supreme Court Working Section rewrites the burden of proof concerning dismissal for objective justification establishing that the employer must attach and try the inability of repechage.*

### keywords

*Dismissal for objective justification – Repechage – Burden of proof.*

### abstract

*La Corte di Cassazione Sezione Lavoro riscrive gli oneri probatori in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo stabilendo che il datore di lavoro deve allegare e provare l'impossibilità del repechage.*

### parole chiave

*Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Repechage – Onere della Prova.*

### Possibilità di "repechage" - Oneri allegativi e probatori del datore di lavoro - Sussistenza - Oneri di allegazione del lavoratore - Esclusione - Fondamento.

*In materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di "repechage" del dipendente licenziato, in quanto requisito di legittimità del recesso datoriale, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i suddetti oneri.*

Cass., sez. lav., 22 marzo 2016, n.5592 - Pres. Venuti, Rel. Patti

(omissis)

### FATTO

Con sentenza 13 febbraio 2013, la Corte d'appello di Trieste respingeva l'appello proposto da Antonio Pintar (dipendente da marzo 2006 di Harpo s.p.a.

quale quadro A 3 ai sensi del CCNL per il settore chimico e con mansioni di direttore commerciale della divisione Geotecnica, a suo dire demansionato per il trasferimento nel marzo 2008 alla direzione della divisione Applicazioni Industriali e quindi licenziato per giustificato motivo oggettivo) avverso la sentenza di primo grado, che ne aveva rigettato le domande di illegittimità del licenziamento intimatogli con lettera del 17 marzo 2009, di condanna della società datrice alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, compensando tra le parti le spese di giudizio. Sulla base degli scrutinati dati di bilancio, dei licenziamenti operati nel periodo all'interno della divisione Applicazioni Industriali e dell'ammissione della società alla Cassa Integrazione Guadagni richiesta nell'ottobre 2009, la Corte territoriale riteneva provata l'effettiva ricorrenza del giustificato motivo oggettivo, sub specie di riorganizzazione aziendale con accorpamento della divisione diretta da Pintar in quella Geotecnica per l'andamento economico e finanziario negativo, pure in assenza di specifica allegazione di repechage del lavoratore; essa escludeva poi il dedotto demansionamento, per l'equipollenza dell'incarico direttivo in entrambe le divisioni (a seguito del suo spostamento dalla divisione Geotecnica a quella Applicazioni Industriali, per un suo rilancio, a seguito dell'acquisizione di nuove commesse), alle dirette dipendenze, sia prima che dopo, dell'amministratore delegato e del presidente della società datrice. Con atto notificato il 1° luglio 2013, Antonio Pintar ricorre per cassazione con cinque motivi, cui resiste Harpo s.p.a. con controricorso; entrambe le parti hanno comunicato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 3 I. 604/1966 e vizio di motivazione illogica, insufficiente e contraddittoria, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 5 c.p.c., per mancato accertamento dell'effettiva cessazione, al di là del suo accorpamento ad altra, dell'attività della

divisione Applicazioni Industriali e della soppressione delle proprie mansioni, senza alcuna giustificazione di ciò, nonostante la specificità al riguardo delle doglianze in appello.

Con il secondo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 3 l. 604/1966, 1175, 1375, 2697, 2729 c.c. e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 5 c.p.c., per non ritenuto inadempimento dalla società datrice all'obbligo di *repechage*, pure con motivazione insufficiente e contraddittoria.

Con il terzo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 3 l. 604/1966, 1175, 1375, 2697, 2729 c.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., pererronea ripartizione dell'onere della prova, non posto a carico, secondo più rigoroso indirizzo interpretativo di legittimità, del datore di lavoro, senza alcun coinvolgimento collaborativo del lavoratore, come invece per altro indirizzo di minor rigore.

Con il quarto, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 3 l. 604/1966, 1175, 1375 c.c. e vizio di motivazione illogica, in relazione all'art. 360, primo comma, n.3 e n. 5 c.p.c., per mancata esatta valutazione della disponibilità manifestata allo svolgimento di mansioni anche inferiori, con la lettera del 25 marzo 2009 in risposta a quella datoriale di licenziamento senza preavviso del 17 marzo 2009, nell'impossibilità di manifestare prima una tale disponibilità, essendo all'oscuro della determinazione della propria datrice, con la conseguente inapplicabilità al caso di specie del principio acriticamente recepito dalla Corte territoriale, riguardante tuttavia ipotesi diversa di previa conoscenza della situazione dai lavoratori (prima oggetto di demansionamento impugnato giudizialmente e quindi) licenziati.

Con il quinto, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 3 l. 604/1966, 1175, 1375 c.c. e vizio di motivazione contraddittoria, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 5 c.p.c., per omessa valutazione del proprio carico familiare nella valutazione della preferenza datoriale per la conservazione dell'incarico di direttore della divisione Geotecnica al dr. Bordigo in proprio danno.

Il primo motivo, relativo a violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. 604/1966 e vizio di motivazione, per mancato accertamento dell'effettiva cessazione dell'attività della divisione Applicazioni Industriali e della soppressione delle mansioni del lavoratore, è inammissibile. Sotto il profilo di violazione di legge, al di là della formale enunciazione della sua rubrica, esso non integra gli appropriati requisiti di erronea sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta regolata dalla disposizione di legge, mediante specificazione delle affermazioni in diritto contenute nella sentenza impugnata che motivatamente si assumano in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie e con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giuri-

sprudenza di legittimità o dalla prevalente dottrina (Cass. 26 giugno 2013, n. 16038; Cass. 28 febbraio 2012, n. 3010; Cass. 31 maggio 2006, n.12984). Né qui rileva una questione di sindacabilità, sotto il profilo della falsa interpretazione di legge, del giudizio applicativo di una norma cd. "elastica" (quale indubbiamente la clausola generale del giustificato motivo obbiettivo ai sensi degli artt. 1 e 3 l. 604/1966), che indichi solo parametri generali e pertanto presupponga da parte del giudice un'attività di integrazione giuridica della norma, a cui sia data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico - sociale: in tal caso ben potendo il giudice di legittimità censurare la sussunzione di un determinato comportamento del lavoratore nell'ambito del giustificato motivo (piuttosto che della giusta causa di licenziamento), in relazione alla sua intrinseca lesività degli interessi del datore di lavoro (Cass. 18 gennaio 1999, n. 434; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514). E ciò per la sindacabilità, da parte della Corte di cassazione, dell'attività di integrazione del precetto normativo compiuta dal giudice di merito, a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di incoerenza del predetto giudizio rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (Cass. 26 aprile 2012, n. 6498; Cass. 2 marzo 2011, n. 5095): con limitazione, alla luce dell'esperienza applicativa della Corte, almeno nella sua teorica enunciazione, quando il giudice del merito sia chiamato ad applicare concetti giuridici indeterminati, del controllo di legittimità alla verifica di ragionevolezza della sussunzione del fatto e quindi ad un sindacato su vizio di violazione di norma di diritto ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., ben lontano da quello dell'art. 360, primo comma, n. 5. c.p.c. (Cass. s.u. 18 novembre 2010, n. 23287). Ed infatti, il vizio di violazione o falsa applicazione di norma di diritto, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., ricorre o non ricorre a prescindere dalla motivazione (che può concernere soltanto una questione di fatto e mai di diritto) posta dal giudice a fondamento della decisione (id est: del processo di sussunzione), per l'esclusivo rilievo che, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva esserlo, ovvero che lo sia stata quando non si doveva applicarla, ovvero che sia stata male applicata (Cass. 15 dicembre 2014, n. 26307; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22348). Sicché, il processo di sussunzione, nell'ambito del sindacato sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, presuppone la mediazione di una ricostruzione del fatto incontestata; al contrario del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360, primo comma n. 5 c.p.c., che invece postula un fatto ancora oggetto di contestazione tra le parti. Ciò che appunto si verifica

nel caso di specie, in cui si controverte, non tanto (e per le ragioni dette) di esatta interpretazione di norme né di corretto esercizio del processo di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta regolata dalla disposizione di legge denunciata (correttamente individuata nell'integrazione del giustificato motivo oggettivo dal processo di riorganizzazione aziendale comportante l'accorpamento della divisione già diretta da Pintar in quella Geotecnica, per crisi economica e finanziaria), quanto piuttosto di accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni e della loro concreta attitudine a costituire giustificato motivo soggettivo di licenziamento (effettiva soppressione delle mansioni del lavoratore): e pertanto sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e sindacabile in cessazione a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (Cass. 2 marzo 2011, n. 5095). Parimenti inammissibile è il denunciato vizio di illogica, insufficiente e contraddittoria motivazione, non più deducibile per l'attuale testo dell'art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c. (di denuncia "per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti"), applicabile *ratione temporis* per la pubblicazione della sentenza impugnata in data posteriore (13 febbraio 2013) al trentesimo giorno successivo a quella di entrata in vigore della legge 7 agosto 2012, n. 134, di conversione .5d:tema...ie.-del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (12 . . . . 2012), secondo la previsione dell'art. 54, terzo comma del decreto legge citato. Esso ha, infatti, introdotto nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cessazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (nel senso che, qualora esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni degli artt. 366, primo comma, n. 6 e 369, secondo comma, n. 4 c.p.c., il ricorrente deve indicare il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività"; fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie. Sicché, detta riformulazione deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art.

12 delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione. Ed è pertanto denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione (Cass. s.u. 7 aprile 2014, n. 8053). Né l'omesso esame di elementi istruttori integra in sé il suddetto vizio, qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Cass. 10 febbraio 2015, n. 2498): con la conseguente preclusione nel giudizio di cassazione dell'accertamento dei fatti ovvero della loro valutazione a fini istruttori (Cass. 21 ottobre 2015, n. 21439). Il secondo (violazione e falsa applicazione degli artt. 3 I. 604/1966, 1175, 1375, 2697, 2729 c.c. e vizio di motivazione, per non ritenuto inadempimento dalla società datrice all'obbligo di *repechage*) e il terzo motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 3 I. 604/1966, 1175, 1375, 2697, 2729 c.c., per erronea ripartizione dell'onere della prova al riguardo) sono congiuntamente esaminabili per la loro stretta connessione. Essi sono fondati. Il collegio è ben consapevole di un consolidato indirizzo di questa Corte, ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 (accanto ad uno di chiara affermazione dell'onere datoriale della prova dell'impossibilità di impiegare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore stesso era precedentemente adibito: Cass. 12 luglio 2012, n. 11775; 26 marzo 2010, n. 7381; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579; Cass. 14 giugno 2005, n. 12769; Cass. 9 giugno 2004, n. 10916; Cass. 1 ottobre 1998, n. 9768; Cass. 26 ottobre 1993, n.9369), secondo cui, se indubbiamente un tale onere compete al datore di lavoro, tuttavia esso conseguirebbe da un (diverso e propedeutico) onere, a carico dello stesso lavoratore che impugni il licenziamento, di allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro per la sua utile ricollocazione, in virtù di un preteso obbligo di collaborazione nell'accertamento di un possibile *repechage* (Cass. 6 ottobre 2015, n. 19923; Cass. 3 marzo 2014, n. 4920; Cass. 8 novembre 2013 n. 25197; Cass. 19 ottobre 2012, n. 18025; Cass. 26 aprile 2012, n. 6501; Cass. 8 febbraio 2011 n. 3040; Cass. 18 marzo 2010, n. 6559; Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417; Cass. 19 feb-

braio 2008, n. 4068; Cass. 9 agosto 2003, n. 12037; Cass. 12 giugno 2002, n. 8396; Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134): in una sorta, per così dire, di cooperazione processuale. Tuttavia, come chiaramente si evince dall'integrale lettura delle sentenze citate, un tale indirizzo imperniato su una netta (e inedita) divaricazione tra onere di allegazione (in capo al lavoratore) e di prova (in capo al datore di lavoro) è meramente tralattico, fondandosi su una petizione di principio (secondo cui "il lavoratore, pur non avendo il relativo onere probatorio, che grava per intero sul datore di lavoro, ha comunque un'onere di deduzione e di allegazione di tale possibilità di *repechage*") assunta come postulato, in quanto affatto argomentata nel suo fondamento giuridico. Per trovare una spiegazione, occorre risalire ad una lontana sentenza, che, premesso l'onere datoriale, in tema di licenziamento per giustificato motivo obiettivo secondo costante orientamento della medesima Corte, di provare l'impossibilità di una diversa utilizzazione, trattandosi di circostanza pur sempre ricollegabile alle generali "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", ha offerto la seguente giustificazione: "Pur sussistendo ... siffatto carico probatorio sul datore di lavoro, resta peraltro pur sempre a carico del lavoratore, ricorrente in giudizio per ottenere l'annullamento de/licenziamento, l'onere di dedurre ed allegare, in osservanza delle prescrizioni sulla forma della domanda dettate dall'art. 414 c.p.c. (secondo cui la domanda deve contenere, tra l'altro, "l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali (essa) si fonda": n. 3 cit. art. 414), le specifiche circostanze e ragioni costituenti i presupposti di tale azione. E pertanto – con riferimento al caso che qui interessa – è da ricondurre a tale onere, del lavoratore ricorrente, il dedurre e l'allegare circostanze di fatto e ragioni di diritto costituenti il fondamento della affermata illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo: e così la insussistenza di un giustificato motivo, ovvero l'inadeguatezza in tal senso del motivo addotto dal datore di lavoro, ed anche la possibilità, comunque, di una sua diversa utilizzazione nell'impresa con mansioni equivalenti ... Sarà poi onere del convenuto datore di lavoro, in opposizione alle suddette deduzioni e allegazioni attinenti agli elementi essenziali dell'azione contro di lui proposta, fornire la prova ai sensi del citato art. 5 della legge n. 604/1966 (che in sostanza contiene una specificazione del principio generale di cui al secondo comma dell'art. 2697 c.c.) dei fatti impeditivi dell'azionamento diritto ad ottenere l'annullamento de/licenziamento: e fornire quindi la prova della sussistenza delle ragioni produttive e organizzative aziendali di cui al citato art. 3 della legge n. 604/1966 (ed in particolare, nel caso di specie, la prova della sostenuta riduzione dell'attività imprenditoriale per diminuzione degli appalti), nonché la prova che non v'era comunque possibilità di una diversa e

adeguata utilizzazione del dipendente. Ma ove una siffatta possibilità di diversa utilizzazione (che costituisce elemento di fatto certamente collegato, ma pur sempre differenziato e distinto rispetto alle vere e proprie ragioni di carattere organizzativo, produttivo e funzionale riferite alla attività aziendale dal citato art. 3) non sia stata neppure allegata dal ricorrente tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda, non v'è ragione logica per cui il convenuto debba chiedere di provare la insussistenza di una tale circostanza, in quanto appunto nemmeno prospettata dalla parte interessata a farla valere" (Cass. 23 ottobre 1998, n. 10559). Appare evidente come i principi testualmente riportati (e che, si ribadisce, costituiscono la giustificazione del consolidato indirizzo qui confutato) non possano essere condivisi, e non solo perchè già in precedenza smentiti, in particolare da due sentenze, secondo cui: "l'onere della prova della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni analoghe e quelle svolte in precedenza, pur dovendo essere mantenuto entro limiti di ragionevolezza sì che può considerarsi assolto anche mediante il ricorso a risultanze probatorie di natura presuntiva e indiziaria ... non può tuttavia essere posto direttamente o indirettamente a carico de/lavoratore, neppure al solo fine della indicazione di posti di lavoro assegnabili invero, pur dovendosi tener conto della specificità dei vari settori dell'impresa, la superfluità de/lavoro del dipendente licenziato deve essere valutata entro l'ambito dell'intera azienda e non già con riferimento al singolo posto ricoperto, nel senso che grava interamente sul datore di lavoro la dimostrazione della impossibilità di utilizzare il dipendente in altro settore della stessa azienda" (Cass. 7 luglio 1992 n. 8254); "La prova ... dell'impossibilità di un diverso impiego della lavoratrice licenziata nell'azienda, senza dequalificazione, gravava per intero anch'essa sul datore di lavoro e non poteva quindi trasferirsi neppure in parte sulla lavoratrice (pur se al solo fine dell'indicazione di posti di lavoro a lei assegnabili). Non si vede in realtà come sia esigibile un'indicazione del genere da parte del lavoratore licenziato, che è estraneo all'organizzazione aziendale, e l'indirizzo in tal senso di questa Corte ... può dirsi costante" (Cass. 18 aprile 1991, n. 4164). Con la loro enunciazione si ritiene, in buona sostanza, che la possibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore licenziato in mansioni diverse (cd. *repechage*) sia elemento costitutivo della domanda di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e perciò nell'onere di allegazione del lavoratore medesimo, cui il datore di lavoro opponga il fatto impeditivo "dell'azionamento diritto ad ottenere l'annullamento del licenziamento": in esso inclusa la negazione della "possibilità di una diversa e adeguata utilizzazione del dipendente", purché "allegata dal ricorrente tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda". Ma in realtà non è così,

perchè, se è indubbio che nel giudizio di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo la causa petendi sia data dall'inesistenza dei fatti giustificativi del potere spettante al datore di lavoro, gravando su quest'ultimo l'onere di provare la concreta sussistenza delle ragioni inerenti all'attività produttiva e l'impossibilità di utilizzare il lavoratore licenziato in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, è pur vero che l'indicazione (pur "possibile" da parte del "lavoratore" che si sia fatto "parte diligente") di un posto di lavoro alternativo a lui assegnabile, o l'allegazione di circostanze idonee a comprovare l'insussistenza del motivo oggettivo di licenziamento, comporti l'inversione dell'onere della prova (Cass. 5 marzo 2015, n. 4460, con espresso richiamo sul punto di Cass. 7 luglio 1992, n. 8254, che in proposito, giova ribadire, ha testualmente affermato che: "l'onere della prova della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni analoghe e quelle svolte in precedenza ... non può tuttavia essere posto direttamente o indirettamente a carico del lavoratore, neppure al solo fine della indicazione di posti di lavoro assegnabili"). Ora, l'art. 5 I. 604/1966 è assolutamente chiaro nel porre a carico del datore di lavoro "l'onere della prova della sussistenza ... del giustificato motivo di licenziamento": ed in tale senso esso è interpretato in ordine al controllo giudiziale dell'effettiva sussistenza del motivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, addotto dal datore di lavoro, essendo invece insindacabile la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. (Cass. 14 maggio 2012, n. 7474; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157). Ed in esso rientra il requisito dell'impossibilità di *repechage*, quale criterio di integrazione delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, nella modulazione della loro diretta incidenza sulla posizione del singolo lavoratore licenziato, derogabile soltanto quando il motivo consista nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile (dovendo in tal caso il datore di lavoro pur sempre improntare l'individuazione del soggetto da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e quindi anche il recesso di una dicesse: Cass. 28 marzo 2011, n. 7046) ovvero in caso di licenziamento del dirigente d'azienda per esigenze di ristrutturazione aziendali (per incompatibilità del *repechage* con la posizione dirigenziale del lavoratore, assistita da un regime di libera re cedibilità del datore di lavoro: Cass. 11 febbraio 2013, n. 3175). Ed allora, la domanda del lavoratore è correttamente individuata, a norma dell'art. 414 n. 3 e n. 4 c.p.c., da un *petitum* di impugnazione del licenziamento per illegittimità e da una causa petendi di inesistenza del giustificato motivo così come intimato dal datore di

lavoro, cui incombe pertanto la prova, secondo la previsione dell'art. 5 I. 604/1966, della sua ricorrenza in tutti gli elementi costitutivi, in essi compresa l'impossibilità di *repechage*: senza alcun onere sostitutivo del lavoratore alla sua controparte datrice sulpiano dell'allegazione, per farne conseguire un onere probatorio (offrendogli, per così dire, l'affermazione del fatto da provare). Si tratterebbe di una divaricazione davvero singolare, in quanto inedita sul piano processuale, nel quale l'onere della prova è modulato in coerente corrispondenza con quello dell'allegazione, come inequivocabilmente stabilito dall'indicazione dei requisiti della domanda ("esposizione dei fatti ... sui quali si fonda la domanda" e "indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi": art. 414 n. 4 e n. 5 c.p.c., con previsione del tutto analoga a quella dell'art. 163, terzo comma, n. 4 e n. 5 c.p.c.), in funzione di una corretta ripartizione dell'onere probatorio secondo la previsione dell'art. 2697 c.c., a norma del quale ciascuna delle parti deve provare i fatti a fondamento delle proprie domande o eccezioni, espressione del rispettivo onere di allegazione, nell'evidente indugiabilità dei due piani (Cass. s.u. 16 febbraio 2016, n. 2951: in riferimento ad allegazione e prova della titolarità della posizione giuridica vantata in giudizio; Cass. 15 ottobre 2014, n. 21847 e Cass. 19 agosto 2009, n. 18399: in riferimento all'onere di provare le proprie allegazioni soltanto ove non specificamente contestate da controparte).

La patrocinata ricostruzione sistematica della ripartizione dei rispettivi oneri di allegazione e di prova tra le parti nella fattispecie in esame trova piena conferma anche ove ricondotta ai principi in tema di responsabilità da inadempimento, di cui la normativa di carattere generale in materia di licenziamenti (come principalmente stabilita dalla legge n. 604/1966 e dall'art. 18 della legge n. 300/1970) costituisce specificazione, essendo applicabile agli effetti del licenziamento, qualora non operi detta normativa, la disciplina civilistica dell'inadempimento (Cass. 22 luglio 2004, n. 13731).

Sicché, in base a tali principi, il creditore attore (lavoratore impugnante il licenziamento come illegittimo) è onerato della (allegazione e) prova della fonte negoziale (o legale) del proprio diritto (rapporto di lavoro a tempo indeterminato) e dell'allegazione dell'inadempimento della controparte (illegittimo esercizio del diritto di recesso per giustificato motivo oggettivo), mentre il debitore convenuto (datore di lavoro) è onerato della prova del fatto estintivo (legittimo esercizio del diritto di recesso per giustificato motivo oggettivo nella ricorrenza dei suoi presupposti, tra i quali, come detto, anche l'impossibilità di *repechage*): in coerenza con i principi di persistenza del diritto (art. 2697 c.c.) e di riferibilità o vicinanza della prova (Cass. s.u. 30 ottobre 2001, n. 13533).

E tale principio di riferibilità o vicinanza della prova, conforme all'esigenza di non rendere eccessi-

vamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore, in quanto nella migliore disponibilità degli elementi per dimostrare le ragioni del proprio comportamento, ormai di consolidata applicazione (Cass. 29 gennaio 2016, n. 1665; Cass. 14 gennaio 2013, n. 2016; Cass. 2 settembre 2013, n. 20110; Cass. 17 aprile 2012, n. 6008; Cass. 6 giugno 2012, n. 9099), trova coerente riscontro anche nel caso di specie: per la maggiore vicinanza di allegazione e prova dell'impossibilità di *repechage* al datore di lavoro, non disponendo il lavoratore, al contrario del primo, della completezza di informazione delle condizioni dell'impresa, tanto più in una condizione di crisi, in cui esse mutano continuamente a misura della sua evoluzione e degli interventi imprenditoriali per rimediare o comunque indirizzarne gli sbocchi. Ciò che, d'altro canto, da tempo è stato ben presente a questa Corte, avendo in particolare essa osservato: "non si vede in realtà come sia esigibile un'indicazione del genere" (ossia dei posti assegnabili) "da parte del lavoratore licenziato, che è estraneo all'organizzazione aziendale" (Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, che ha anche sottolineato la costanza di un indirizzo in tal senso della Corte).

In via conclusiva, si comprende allora come la trattativa affermazione di una sorta di cooperazione processuale del lavoratore, e più in generale di ogni parte, sul piano dell'allegazione in favore della controparte sia priva di alcun fondamento normativo; soltanto sul piano sostanziale un tale obbligo di cooperazione è, infatti, previsto tra le parti, siccome tenuto ad un comportamento di collaborazione, conforme ai principi di correttezza e di buona fede, a norma degli artt. 1175, 1206 e 1375 c.c., quale obbligazione collaterale alle principali (Cass. 6 febbraio 2008, n. 2800; Cass. 16 gennaio 1997, n. 387).

Dalle superiori argomentazioni, assorbenti l'esame del quarto (violazione e falsa applicazione degli artt. 3 l. 604/1966, 1175, 1375 c.c. e motivazione illogica, per mancata esatta valutazione della disponibilità manifestata allo svolgimento di mansioni anche inferiori) e del quinto motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 3 l. 604/1966, 1175, 1375 c.c. e motivazione contraddittoria, per omessa valutazione del dell'incarico di direttore della divisione Geotecnica al dr. Bordigoi), discende coerente raccoglimento dei due motivi congiuntamente scrutinati, con la cassazione della sentenza impugnata in relazione ad essi e rinvio, anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Trieste in diversa composizione, sulla base del seguente principio di diritto: "In materia di illegittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repechage* de/lavoratore licenziato, in quanto requisito del giustificato motivo di licenziamento, con esclusione di un

onere di allegazione al riguardo del secondo, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i due suddetti oneri, entrambi spettanti alla parte deducente".

(*omissis*)

\*\*\*Nota a sentenza

### sommario

Premessa. – **1.** Licenziamento per giustificato motivo oggettivo. – **2.** Il precedente consolidato orientamento in tema di onere della prova del *repechage*. – **3.** La decisione.

### Premessa

Con l'annotata sentenza, la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, ribalta il consolidato orientamento in tema di onere della prova del *repechage* nell'azione di impugnativa del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, stabilendo che spetta al datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 della legge 604/66, il siffatto onere in quanto requisito del g.m.o e che, in capo al lavoratore, non sussiste alcun onere di allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali essere reimpiegato, in applicazione dei principi processuali di allegazione e prova dei fatti costitutivi, estintivi e modificativi della domanda.

### 1. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Come è noto l'art. 3 della legge n. 604/1966 individua la fattispecie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nelle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Dall'esegesi della disposizione risulta che i requisiti del giustificato motivo oggettivo sono tre: 1) le ragioni che determinano la soppressione del posto di lavoro; 2) il nesso di causalità che deve esistere tra la soppressione del posto ed il licenziamento; 3) l'obbligo del *repechage*.

In ordine alle ragioni, il tradizionale orientamento della giurisprudenza di legittimità affermava che il riassetto organizzativo dell'azienda, attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore non solo per un incremento di profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, imponendo una effettiva necessità di riduzione dei costi, integra un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo<sup>1</sup>.

Con recente pronuncia, la Corte di Cassazione ha affermato la legittimità anche del licenziamento fondato su ragioni solo organizzative evidenziando che

<sup>1</sup> cfr. *ex plurimis* Cass., 17.05.2003 n. 7750; Cass., 20.08. 2003, n. 12270; Cass., 13.11.2001, n. 14093.

l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro – tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa – determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa<sup>2</sup>.

In relazione al sindacato del giudice nella valutazione della sussistenza del giustificato motivo, la giurisprudenza di legittimità, afferma che non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità, essendo espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art.41 Cost., la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato, né essendo necessario, ai fini della configurabilità del giustificato motivo, che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite<sup>3</sup>.

Il giudice, dunque, se, da un lato, non può sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, dall'altro lato, deve operare il controllo in ordine alla reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, sotto il profilo della effettività della scelta operata e della non pretestuosità della stessa.

## 2. Il precedente consolidato orientamento in tema onere della prova del repaceage

L'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità<sup>4</sup>, maggioritario anche nella giurisprudenza di merito, affermava che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, gravava sul datore di lavoro l'onere di provare sia la sussistenza delle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 legge 604/1966) sia l'impossibilità di diversa utilizzazione in mansioni equivalenti a quelli in precedenza svolte ove il lavoratore avesse allegato l'esistenza di posti in cui

essere ricollocato<sup>5</sup>.

Tale onere – che discende a carico del datore di lavoro direttamente dalla previsione dell'art.5 della legge 604/66 ("l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro") – ha ad oggetto la prova di un fatto negativo da assolversi, pertanto, mediante la dimostrazione di corrispondenti fatti positivi, come ad esempio, la circostanza che i posti di lavoro residui riguardanti mansioni equivalenti, fossero stabilmente occupati, al tempo del licenziamento, da altri lavoratori, oppure, che nel periodo successivo al licenziamento non era stata effettuata alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica dei lavoratori licenziati.

Tuttavia, si affermava che, l'onere del datore di provare l'impossibilità del repaceage era subordinato all'onere del lavoratore di allegare i residui posti, nell'organico aziendale, nei quali poter essere ricollocato.

Si riteneva, infatti, che, in capo al lavoratore, ricorrente in giudizio per ottenere l'annullamento del licenziamento, incombeva l'onere di dedurre ed allegare, in osservanza delle prescrizioni di cui all'art.414 c.p.c, le circostanze e le ragioni costituenti i presupposti della predetta azione, e, dunque, le circostanze di fatto e le ragioni di diritto dell'affermata illegittimità del licenziamento: insussistenza di un giustificato motivo; possibilità di una diversa utilizzazione nell'azienda in mansioni equivalenti.

A fronte di ciò (dell'allegazione dei fatti costitutivi della domanda), il datore di lavoro, convenuto in giudizio, doveva fornire la prova, ai sensi dell'art.5 legge 604/66, dei fatti impeditivi dell'azione diritto ad ottenere l'annullamento del licenziamento, in ossequio al generale principio di cui all'art. 2697 co 2 c.c.

Pertanto, così ricostruiti gli oneri di allegazione e prova nell'azione di impugnativa di licenziamento, si affermava che, ove la possibilità di una diversa utilizzazione non fosse stata allegata dal ricorrente tra gli elementi posti a fondamento dell'azione, non vi era l'onere del convenuto di provare l'insussistenza di tale circostanza in quanto non prospettata dalla parte che aveva interesse a farla valere in giudizio, dovendo, tale omissione essere intesa come mancata contestazione della circostanza, affermata dal datore di lavoro nella lettera di intimazione del licenziamento, della impossibilità di essere riutilizzato.

## 3. La decisione

La sentenza della Cassazione in esame compie una decisa e consapevole rivisitazione del precedente orientamento giurisprudenziale scardinandolo nel suo fondamento giuridico e rimeditandolo alla luce di principi di "coerenza dogmatica e sistematica"<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Cass., 7.12. 2016 n. 25201.

<sup>3</sup> Cass., 29.01.2003, n. 1364; Cass., 2.12.2002, n. 17069; Cass., 23.08.2002, n. 12421; Cass., 07.08.2002, n. 11840; Cass., 12.06.2002, n. 8396; Cass., 15.11.2001, n. 14210; Cass., 23.10.2001, n. 13021; Cass., 29.03.2001, n. 4670.

<sup>4</sup> Orientamento che prende le mosse dalla pronuncia della Cass. 10559/98 e poi cfr. Cass. n. 19923/15; Cass. n. 4920/14; Cass. n. 25197/13; Cass. n. 18025/12; Cass. n. 11775/12; Cass. n. 6501/12; Cass. n. 3040/11; Cass. n. 7381/10; Cass. n. 6559/10; Cass. n. 22417/09; Cass. n. 21579/08; Cass. n. 4068/08; Cass. n. 12769/05; Cass. n. 10916/04; Cass. n. 12037/03; Cass. n. 8396/02; Cass. n., 13134/2000; Cass. n. 9768/98; Cass. n. 9369/93.

<sup>5</sup> Cass. n. 10559/98.

<sup>6</sup> Cass., sez. lav., n. 12101/2016 aderisce all'orientamento giurisprudenziale in esame.

Ed invero, la Corte, ben consapevole del precedente consolidato indirizzo, imperniato su una “netta ed inedita divaricazione tra onere di allegazione ...e di prova”, evidenzia che lo stesso è “meramente tralaticio” e si fonda su di una petizione di principio secondo cui “il lavoratore, pur non avendo il relativo onere probatorio, che grava per intero sul datore di lavoro, ha comunque un onere di deduzione e di allegazione di tale possibilità di *repechage*” assunta come postulato.

La Corte, infatti, richiamata la disposizione di cui all'art.5 della legge 604/66 e precisato che nell'onere datoriale di provare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo del licenziamento rientra anche la prova del requisito dell'impossibilità del *repechage*, evidenzia come l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro in cui essere ricollocato, deve essere operata dalla stessa parte datoriale onerata della relativa prova, atteso che secondo i principi del diritto processuale onere di allegazione e prova non possono che gravare sulla medesima parte, anche in funzione di una corretta ripartizione dell'onere probatorio secondo la previsione dell'art. 2697 c.c., e, rimarcando, che, una simile divaricazione non ha precedenti nella giurisprudenza di legittimità.

Sul punto, l'operata ricostruzione si fonda sul principio della circolarità degli oneri di allegazione, contestazione e prova che caratterizza il rito del lavoro<sup>7</sup>.

Dal combinato disposto dell'art. 414 nn. 4 e 5 (l'attore deve indicare sin dall'atto iniziale della lite gli elementi di fatto e di diritto-causa pretendi-posti a base della domanda), e dell'art. 416, 3. co, c.p.c. (il convenuto deve “prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda”), deriva l'impossibilità di contestare o richiedere prova su fatti non allegati nonché su circostanze che, pur configurandosi come presupposti o elementi condizionanti il diritto azionato, non siano stati esplicitati in modo espresso e specifico nel ricorso introduttivo del giudizio e nella memoria di costituzione.

La coerenza sistematica dell'assunto viene, altresì, fondata richiamando i principi dell'onere della prova in tema di responsabilità da inadempimento, applicabili all'azione di impugnativa di licenziamento qualora non operi la normativa in materia di licenziamento che ne costituisce una specificazione<sup>8</sup>.

Il lavoratore, creditore attore, che impugna il licenziamento è onerato della allegazione e prova della fonte negoziale o legale del proprio diritto (rapporto di lavoro a tempo indeterminato) e dell'allegazione dell'inadempimento della controparte (illegittimo esercizio del diritto di recesso per g.m.o.), mentre il datore di lavoro, debitore convenuto, è onerato della prova del fatto estintivo (legittimo esercizio del diritto di recesso

per gmo, vale a dire effettiva esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso e impossibilità del *repechage*)<sup>9</sup>.

La Corte, sotto altro profilo, non omette di rimarcare che il dovere di cooperazione processuale del lavoratore in funzione dell'assolvimento dell'onere probatorio datoriale è privo di fondamento normativo, atteso che il dovere di cooperazione tra le parti del rapporto opera solo sul piano sostanziale, a norma degli art.1175, 1206 e 1375 c.c., non su quello processuale, ispirato, invece, ad una leale dialettica contrapposizione.

Dall'altra parte, che l'onere della prova dell'impossibilità del *repechage* debba essere assolto dal datore di lavoro, è, altresì, conseguenza dell'applicazione del generale principio di vicinanza della prova<sup>10</sup> secondo cui la ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio – riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova<sup>11</sup>.

Dunque, la Corte evidenzia che, nella specie, vi è maggiore vicinanza di allegazione e prova del *repechage* per il datore che dispone della completezza di informazioni in ordine alla struttura aziendale, rispetto alla possibilità di conoscenza della stessa che può avere il lavoratore.

In conclusione, appare evidente che l'indirizzo giurisprudenziale espresso nella sentenza annotata, in quanto fondato sulla meditata applicazione dei principi processuali dell'onere di allegazione e prova, come affermatosi nella evoluzione della giurisprudenza di legittimità, appare destinato a consolidarsi anche nella giurisprudenza di merito.

<sup>7</sup> Affermato da Cass. SU Cassazione S. U. 17 giugno 2004 n. 11353.

<sup>8</sup> In tale senso Cass., 22.07.2004, n.13731.

<sup>9</sup> Cass. S.U. 30 ottobre 2001 n.13533 che ricostruisce gli oneri di allegazione e prova nella domanda di adempimento, risoluzione e risarcimento del danno.

<sup>10</sup> Per applicazioni del principio in materia di lavoro, si vedano Cass. Sez Lav. 16 agosto 2016 n.17108, Cass., sez. lav. 14 gennaio 2016 n. 486.

<sup>11</sup> In tal senso Cass. 25 luglio 2008, n. 20484; Cass. 17 aprile 2012, n. 6008.

Ylenia Zaira Alfano

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

**Il contratto di locazione, in caso di tardiva registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza "ex tunc".**

*Corte di Cassazione, Sezione III civile, 20 dicembre 2018, n. 32934*

#### abstract

With the sentence n. 32934 of 20 December 2018, the Court of Cassation, intervening in the matter of amnesty of the lease contract not originally registered, specifies that the amnesty deriving from registration can not extend to periods other than those indicated in the contract itself.

#### keywords

*Contract – Location – Registration – “Amnesty”.*

#### abstract

*Con la sentenza n. 32934 del 20 dicembre 2018, la Cassazione, intervenendo in tema di sanatoria del contratto di locazione ab origine non registrato, precisa che la sanatoria derivante dalla registrazione non può estendersi a periodi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati nel contratto stesso.*

#### parole chiave

*Contratto – Locazione – Registrazione – Sanatoria*

**Il contratto di locazione di immobili ad uso abitativo, ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, della legge n. 311 del 2004, ma, in caso di tardiva registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza "ex tunc", sia pure limitatamente al periodo di durata del rapporto indicato nel contratto successivamente registrato. (Principio affermato in relazione ad un contratto di locazione ad uso abitativo stipulato il 5 novembre 2011, ma registrato il 20 settembre 2012 con indicazione della data di inizio del rapporto del 1° settembre 2012).**

Corte di Cassazione, Sezione III civile, 20 dicembre 2018, n. 32934

Pres. Vivaldi - Rel. Scrima

*(Omissis)*

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Nel mese di ottobre dell'anno 2012 M.A. intimò sfratto per morosità, con contestuale citazione per la convalida, ad C.A. per il mancato pagamento, dal mese di agosto 2012, dei canoni di locazione relativi ad un immobile sito in *(OMISSIS)*.

L'intimato si oppose allo sfratto, deducendo il proprio difetto di legittimazione passiva e, in subordine, la nullità e l'inefficacia del contratto per il periodo anteriore alla sua registrazione; sostenne, in particolare, il C. che, ai sensi del D.Lgs. n. 23 del 2011, art. 3, commi 8 e 9, essendo il contratto nullo per difetto di registrazione nei termini di legge, il canone doveva essere determinato ex lege in misura pari al triplo della rendita catastale e si dichiarò pronto al pagamento dei canoni in tale misura chiedendo, in via riconvenzionale, la restituzione dei canoni pagati in eccedenza rispetto alla predetta entità legale.

Il Giudice adito rinviò la causa, con salvezza dei diritti di prima udienza, per la pendenza di trattative tra le parti; all'udienza successiva, su richiesta dell'intimato, applicò il termine di grazia per la sanatoria tardiva della morosità, rinviando all'udienza del 6 maggio 2013; in tale ultima udienza, stante la persistente morosità, dichiarata dall'intimante, il Tribunale convalidò lo sfratto.

Venne poi emesso dal medesimo Tribunale d.i. per le somme dovute dal C. a titolo di canoni non corrisposti dall'agosto 2012 al marzo 2014, decreto avverso il quale l'intimato propose opposizione.

Avverso l'ordinanza di convalida di sfratto per morosità il C. propose appello cui resistette la M..

La Corte di appello di Palermo, con sentenza depositata il 18 febbraio 2015, rigettò l'impugnazione e compensò interamente tra le parti le spese di quel giudizio.

Avverso la sentenza della Corte territoriale C.A. ha proposto ricorso per cassazione, basato su tre motivi e illustrato da memoria.

Ha resistito con controricorso M.A.

Con O.I. n. 22771/17 del 29 settembre 2017 la causa è stata rinviata a nuovo ruolo, in attesa della decisione delle Sezioni Unite di questa Corte sulla questione di cui all'ordinanza interlocutoria n. 16604/16 del 5 agosto 2016, decisione poi pubblicata in data 9 ottobre 2017.

In prossimità dell'adunanza camerale del 17 luglio 2018 il C. ha depositato ulteriore memoria.

#### MOTIVI DELLA DEISIONE

1. Il Collegio ha disposto la redazione dell'ordinanza con motivazione semplificata.

2. Con il primo motivo, rubricato: "Violazione e falsa applicazione della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, (finanziaria 2005), dell'art. 1421 c.c., dell'art. 1175 c.c. dell'art. 1322 c.c.; dell'art. 1337 c.c.; dell'art. 1366 c.c.; dell'art. 1375 c.c.; dell'art. 2033 c.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 53 Cost. italiana. Omessa o insufficiente motivazione su un fatto decisivo", il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte di merito ha sposato la tesi secondo la quale la registrazione del contratto di locazione costituisce condizione di efficacia del contratto stesso; ad avviso del C., la registrazione va configurata come requisito di validità o al più va consentita la regolarizzazione del contratto solo nei limiti di ciò che è stato registrato, mentre dovrebbe ritenersi illegittimo "tutto ciò che è rimasto fuori dalla registrazione", sia in termini di canone sia in termini di periodo locativo.

In particolare, con il motivo in parola, sostiene il ricorrente che la locatrice, il 20 settembre 2012, ha registrato il contratto in questione indicando come data di inizio quella del 1 settembre 2012, non corrispondente a quella effettiva, avendo la locazione avuto inizio il 5 novembre 2011, come sarebbe incontestato tra le parti e come, oltretutto, dimostrato dalle ricevute sottoscritte dalla locatrice a partire da tale ultima data e prodotte dal conduttore; pertanto, ad avviso del C., non essendo stato il contratto registrato, non dovrebbero essere pagati del tutto i relativi canoni; in subordine, ove si volesse ritenere registrato il contratto, il locatore potrebbe pretendere di percepire solo i canoni risultanti dalla scrittura privata registrata e, quindi, la M. non avrebbe alcun titolo per percepire e trattenere i canoni di locazione a lei versati dal 5 novembre 2011 al 1 settembre 2012; pertanto non andrebbe pagato il canone del mese di agosto 2012, oggetto del decreto ingiuntivo opposto, e dovrebbero essere restituiti e quindi computati a favore dell'opponente quelli relativi al periodo non registrato dal mese di novembre 2011 al mese di luglio 2012.

Inoltre, secondo il C., la Corte di merito avrebbe omesso di motivare in concreto "sulla parzialità

della registrazione del contratto inter partes" e "sull'omissione di una parte del periodo locativo in sede di registrazione", limitandosi ad una motivazione generica e apparente, in relazione alla natura di requisito di efficacia della registrazione, "senza entrare nel merito con riferimento alla necessità della completezza della registrazione, sia come importo del canone sia come durata del periodo locativo".

2.1. Il motivo va accolto per quanto di ragione.

Sulla dibattuta questione degli effetti di un tardivo adempimento dell'obbligo di registrazione del contratto di locazione si sono da ultimo espresse le Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 23601 del 9 ottobre 2017 che, pur se riferita in particolare ad una fattispecie inerente ad una locazione non abitativa, ha tuttavia esaminato la predetta questione, che rileva anche in questa sede, alla luce del complesso e talvolta disarmonico quadro normativo che si è, sul punto, andato delineando a partire dal D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 2, lett. a) e b), e art. 3, lett. a), sino alla L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 59, che ha novellato la L. 9 dicembre 1998, n. 431, art. 13, nonché alla luce delle giurisprudenze costituzionali in materia.

Tra l'altro va evidenziato che il legislatore è intervenuto, per quanto rileva in questa sede, con la disciplina di cui alla L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 346, secondo cui "i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, essi non sono registrati", norma, questa, applicabile a tutti i contratti di locazione, indipendentemente dall'uso abitativo o meno cui l'immobile sia destinato, e che ha superato indenne il controllo di costituzionalità. Sono state invece dichiarate incostituzionali (come pure evidenziato dalla Corte di merito a p. 4 della sentenza impugnata, dove, per un evidente lapsus, viene indicato come anno del D.Lgs. in parola il 2001 invece del 2011, v. pure p. 1 della stessa sentenza), per eccesso di delega, le disposizioni, relative alle sole locazioni ad uso abitativo, di cui al D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 2, art. 3, commi 8 e 9, che prevedevano che dalla mancata registrazione "entro il termine di legge" (specificazione temporale, questa, che difetta nella L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346) derivassero conseguenze invalidanti per effetto delle quali sorgeva un diverso rapporto locativo, legalmente determinato quanto a durata e misura del canone.

Con particolare riferimento alle conseguenze civili derivanti dalle violazioni tributarie, la già richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 23601/17 è pervenuta alla conclusione che "il contratto di locazione ad uso non abitativo (non diversamente, peraltro, da quello abitativo), contenente ab origine la previsione di un canone realmente convenuto e realmente corrisposto (e dunque in assenza di qualsi-

voglia fenomeno simulatorio), ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, ma, in caso di sua tardiva registrazione, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie, sanabile, volta che il riconoscimento di una sanatoria per adempimento appare coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) per inadempimento (entrambi i termini da intendersi, come ovvio, in senso diverso da quello tradizionalmente riservato al momento esecutivo del rapporto negoziale)".

Osserva questo Collegio che è pur vero che le Sezioni Unite hanno, con la sentenza richiamata, riconosciuto effetto sanante alla registrazione tardiva ed hanno affermato che tale effetto sanante abbia efficacia retroattiva, il che consente di stabilizzare definitivamente gli effetti del contratto, assicurando piena tutela alla parte debole del rapporto, atteso che il conduttore non sarà esposto ad azioni di rilascio, godrà della durata come prevista ab origine dal contratto e non dalla sua registrazione, che, intervenendo a distanza di tempo dalla stipulazione, ne abbrevierebbe significativamente quanto arbitrariamente i termini di scadenza (v. pure, in tema di locazione abitativa, Cass., ord., 6/09/2017, n. 20858).

Tuttavia, va rilevato che, nel caso ora all'esame, la sanatoria per intervenuta registrazione, sia pure successiva, non può all'evidenza sanare la nullità del contratto di locazione anche per il periodo di durata dello stesso non indicato nel contratto di locazione successivamente registrato e cioè dal 5 novembre 2011 al 31 agosto 2012. Si precisa al riguardo che in tale atto è stata indicata come data di inizio della locazione quella del 1 settembre 2012 mentre il contratto di locazione è stato concluso nel novembre 2011, come allegato concordemente dalle parti (v. sentenza impugnata p. 4).

Ai principi sopra evidenziati non risulta essersi attenuta la Corte territoriale, precisandosi che resta assorbito da quanto precede l'esame delle censure motivazionali pure proposte con il mezzo in scrutinio e che sarà il Giudice del merito ad esaminare e valutare le ulteriori domande (di ripetizione di quanto si assume indebitamente versato) avanzate dal C..

3. Con il secondo motivo, rubricato "Violazione e falsa applicazione della L. n. 392 del 1978, art. 6, e dell'art. 100 c.p.c., nonché degli artt. 658, 663, 665, 666 e 667 c.p.c.", il ricorrente sostiene che il Tribunale avrebbe errato nel ritenere la sussistenza del rapporto in locazione in capo al C. e, quindi, della sua legittimazione passiva con riferimento al procedimento di sfratto per morosità, in quanto, al momento della convalida (6 maggio 2013), la casa coniugale (e con essa il rapporto di locazione) per cui è causa era già stata assegnata alla moglie (con provvedimento presidenziale del 13 aprile 2013) e, pertanto, il rapporto di locazione con il ricorrente era venuto meno e l'immo-

bile doveva essere considerato come riconsegnato alla locatrice, conformemente alla dichiarazione del difensore della stessa all'udienza in cui lo sfratto era stato convalidato; mancando il rapporto di locazione, sia in diritto che in fatto, il Tribunale non avrebbe potuto convalidare lo sfratto per morosità teso alla formazione di un titolo esecutivo per il rilascio che non poteva più avvenire da parte del ricorrente.

3.1. Il motivo è inammissibile, riferendosi lo stesso espressamente (v. ricorso p. 14 e p. 15) alla decisione del Tribunale e non a quella della Corte di merito impugnata in questa sede, Corte che, peraltro, si è pronunciata sulla convalida di sfratto emessa dal Tribunale, ritenendola "emessa in difetto di uno dei presupposti prescritti dalla legge" (v. sentenza impugnata p. 2).

4. Con il terzo motivo, rubricato "Violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, art. 3, commi 8 e 9, i cui effetti sono stati salvati dalla L. 23 maggio 2014, n. 80, art. 5, comma 1 ter", il ricorrente sostiene che la sentenza impugnata avrebbe comunque violato le norme indicate in rubrica, atteso che gli effetti delle norme di cui al D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, art. 3, commi 8 e 9, sarebbero stati salvati dalla L. 23 maggio 2014, n. 80, sicché il ricorrente avrebbe diritto all'applicazione nella misura ridotta disposta da tali norme ed alla restituzione di quanto pagato in eccesso.

4.1. Il motivo è infondato alla luce dell'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità (Corte Cost. 14 marzo 2014, n. 50 e, con specifico riferimento al D.L. 28 marzo 2014, n. 47, art. 5, comma 1 ter, convertito in L. 23 maggio 2014, n. 80, v. Corte Cost. 16 luglio 2015, n. 169) delle norme su cui esso si fonda.

5. In conclusione, va accolto, per quanto di ragione, il primo motivo; va dichiarato inammissibile il secondo motivo e va rigettato il terzo motivo; la sentenza impugnata va cassata in relazione e la causa va rinviata, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Palermo, in diversa composizione.

6. Stante il parziale accoglimento del ricorso, va dato atto della insussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

P.Q.M.

(Omissis)

*Nota a sentenza*

**sommario**

1. Il caso. – 2. Mancata registrazione del contratto di

locazione: la regola generale. – 3. Mancata registrazione del contratto di locazione: la regola generale. – 4. Nullità del contratto e sanatoria *ex tunc*. La registrazione tardiva. – 5. Omessa registrazione: canone o indennità?

### 1. Il caso

La sentenza in commento ha origine da un procedimento di intimazione di sfratto e contestuale richiesta dei canoni di locazione non corrisposti. L'intimato si è difeso in primo grado rilevando l'inefficacia del contratto per mancata registrazione e conseguente rideterminazione dei canoni secondo il triplo della rendita catastale. Il Tribunale ha convalidato lo sfratto e contestualmente emesso ingiunzione di pagamento per i canoni non corrisposti; tale decisione è stata confermata in appello. Il conduttore ha quindi promosso ricorso per cassazione sostenendo che, in ogni caso, la sanatoria per tardiva registrazione non era idonea a giustificare il pagamento dei canoni per un periodo diverso da quello indicato nel contratto e, in particolare, per il periodo antecedente, posto che la locazione era iniziata prima della stipula del contratto. Il S.C. accoglie tale impostazione e rimette alla Corte territoriale per la rideterminazione delle somme dovute secondo il principio espresso nella massima in commento.

### 2. Mancata registrazione del contratto di locazione: la regola generale

In materia di contratti di locazione, la mancata registrazione del contratto determina, ai sensi dell'art. 1, comma 346, L. n. 311/2004, una nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c., la quale, in ragione della sua atipicità, desumibile dal complessivo impianto normativo in materia ed in particolare dalla espressa previsione di forme di sanatoria nella legislazione succedutasi nel tempo e dall'istituto del ravvedimento operoso, risulta sanata con effetti *ex tunc* dalla tardiva registrazione del contratto stesso, mantenendo così stabili gli effetti negoziali voluti dalle parti.

### 3. Nullità del contratto e sanatoria *ex tunc*. La registrazione tardiva

In particolare, secondo la giurisprudenza, la nullità di cui sopra si applica sia per i contratti ad uso abitativo che ad uso diverso; peraltro, come visto sopra, è ammessa una tardiva registrazione che può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza *ex tunc*, atteso che il riconoscimento di una sanatoria per adempimento è coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) per inadempimento all'obbligo di registrazione. La tardiva registrazione, si ribadisce, rispetto alla sottoscrizione delle parti non ha effetti sananti del patto occulto di maggiorazione del canone, oggetto di un procedimento simulatorio, ma solo del contratto registrato. Il patto occulto, in quanto nullo, non è sanato dalla registrazione tardiva,

fatto extra-negoziale inidoneo ad influire sulla validità civilistica e rimane quindi in vigore ed efficace tra le parti il canone concordato. Se, come noto, per le locazioni abitative la forma è richiesta *ad substantiam*, lo stesso non può dirsi per quelle ad uso diverso in cui la necessità dell'atto scritto deriva dalla previsione legislativa dell'adempimento fiscale rappresentato dalla registrazione del contratto. Tale distinzione non è senza rilievo in quanto, come visto, la registrazione del contratto per le locazioni abitative non ha efficacia sanante in caso di contratto stipulato verbalmente, a differenza delle locazioni non abitative in cui, essendo la forma propedeutica ad un adempimento fiscale, la registrazione condiziona la efficacia del contratto stesso, permettendo la esigibilità delle contrapposte prestazioni.

La problematica affrontata da tale sentenza non è chiaramente nuova alla giurisprudenza di merito e di legittimità.

La stessa Corte di Cassazione – cfr. Cassazione civile sez. un., 09/10/2017, n. 23601 – aveva già esaminato il caso in cui la locatrice lamentava il mancato pagamento del canone (maggiore), così come concordato in un c.d. “atto integrativo” coevo al contratto di locazione medesimo. Tale accordo integrativo veniva tardivamente registrato. La società conduttrice, dunque, contestava la validità dell'accordo integrativo per violazione dell'art. 79, l. n. 392 del 1978 (oltre che perché tardivamente registrato). Il Tribunale, in primo grado, accoglieva le domande della conduttrice e dichiarava la nullità della pattuizione aggiuntiva, in quanto contenente l'illegittima previsione di un aumento automatico del canone. La Corte d'appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, affermava invece la natura di contratto simulato del primo contratto e dunque la validità dell'accordo integrativo sull'assunto della non configurabilità di un illecito aumento del canone, dunque nullo ex art. 79, l. n. 392 del 1978. In sede di legittimità, la questione è stata posta all'attenzione delle Sezioni Unite. Essa è così sintetizzabile: se, in tema di contratti di locazione ad uso diverso da quello di abitazione, nell'ipotesi di tardiva registrazione (anche) del contestuale e separato accordo recante l'importo del canone maggiorato rispetto a quello indicato nel primo contratto registrato, sia configurabile un'ipotesi di sanatoria di tale nullità, ovvero se, anche per le locazioni ad uso diverso da abitazione, a prescindere dalla violazione o meno dell'art. 79, l. n. 392 del 1978, debba farsi applicazione — in ipotesi di atti negoziali integranti un mero *escamotage* per realizzare una finalità di elusione fiscale — del principio affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 18213/2015, con riferimento ai contratti di locazione ad uso abitativo, secondo cui è nullo il patto di maggiorazione del canone, con esclusione di qualsiasi efficacia sanante alla registrazione tardiva.

La Corte di Cassazione richiama all'uopo gli

orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul delicato rapporto fra diritto tributario e diritto privato in ordine alle conseguenze civilistiche che possono derivare dalle violazioni tributarie. Le Sezioni Unite, in tema di locazioni ad uso abitativo, hanno modificato l'orientamento restrittivo in merito all'art. 13, comma 1, l. n. 431 del 1998, affermando la nullità del patto occulto di maggiorazione del canone coevo e non soltanto successivo al contratto di locazione, oggetto di un procedimento simulatorio, nonché la validità del contratto registrato.

Tale occasione, dunque, può essere utile per ribadire ancora una volta che la registrazione tardiva, vicenda extranegoziale, è del tutto inidonea ad influire sull'invalidità civilistica, non solamente di natura testuale (per contrarietà a norma di legge, *id est* art. 13, comma 1, l. n. 431/1998), ma anche di natura virtuale, attesa la causa concreta del patto occulto, illecita perché caratterizzata dalla vietata finalità di elusione fiscale e, quindi, insuscettibile di sanatoria. Tali osservazioni vengono applicate dalla Corte di Cassazione anche al caso della locazione ad uso diverso da abitazione, nonostante le differenze funzionali tra locazioni abitative e non, concludendosi che il patto occulto di maggiorazione del canone, proprio perché diretto a celare un canone maggiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato, con evidente finalità di elusione ed evasione fiscale, è nullo perché *ab origine* caratterizzato da una causa illecita in quanto in contrasto con il generale principio antielusivo desumibile dall'art. 53 Cost., posta altresì la natura precettiva e di norma imperativa della disposizione costituzionale.

Non è di ostacolo a tale soluzione né la circostanza che, nelle locazioni ad uso diverso da quella abitativa, non è prevista una norma analoga a quella contenuta nell'art. 13, comma 1, l. n. 431 del 1998 (che sanziona con la nullità il patto di maggiorazione del canone), né la possibilità di una sanatoria con effetti *ex tunc* per effetto della tardiva registrazione del patto che, altrimenti, dovrebbe considerarsi nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, l. n. 311 del 2004 (nullità per assenza di registrazione).

Ed, infatti, la nullità deriva non già dalla mancata registrazione (situazione suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, direttamente, dall'illiceità della causa concreta del negozio, quale vizio genetico dell'atto, che una tardiva registrazione non è idonea a sanare. In definitiva, non è configurabile una possibile sanatoria della nullità conseguente a registrazione tardiva di un accordo in violazione di norme imperative e che si pone in contrasto con interessi generali. Quanto poi alla sorte del contratto di locazione, di là dalla nullità del patto di maggiorazione del canone, la Corte fa propria la scelta operata con la richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 18213 del 2015, sì che la nullità (parziale) del c.d.

“*accordo integrativo*” non è idonea a travolgere l'intero rapporto, con la conseguente validità del contratto registrato e la debenza del canone apparente (non maggiorato). Le Sezioni Unite in esame pervengono a una tale soluzione interpretativa anche attraverso una nuova interpretazione dell'art. 79 l. n. 392 del 1978, a tenore del quale la sanzione della nullità colpisce, non soltanto, le maggiorazioni del canone previste in corso del rapporto e diverse da quelle consentite *ex lege* ma, anche, quelle convenute al momento della conclusione del contratto, attinenti cioè al momento genetico.

Dunque, per quel che interessa in questa sede, è opportuno ribadire che:

- la mancata registrazione del contratto determina una nullità per violazione di norme imperative;
- la prospettata nullità, in ragione della sua atipicità, può essere sanata con effetti *ex tunc* con la tardiva registrazione del contratto stesso;
- tale sanatoria risponde alla duplice esigenza di contrastare l'evasione fiscale e, nel contempo, di mantenere stabili gli effetti voluti dalle parti.

In tale quadro, ormai reso chiaro dalle numerose pronunce in materia, si inserisce l'ordinanza in commento, la quale, in buona sostanza, conferma i capisaldi giurisprudenziali appena enunciati fornendo tuttavia una ulteriore, importante precisazione che concerne, come rappresentato, l'ambito di operatività temporale della sanatoria medesima.

#### 4. Omessa registrazione: canone o indennità?

Ulteriore conseguenza della nullità del contratto per la omessa registrazione del contratto è che la somma dovuta dal conduttore non è il canone di locazione ma, piuttosto, l'indennità di occupazione. Questa, in relazione ad un contratto che viola norme imperative di legge e consente al locatore di evadere il fisco, non può essere commisurata al canone commerciale, giacché in tal caso si frustrerebbe la finalità repressiva della sanzione di nullità.

Vale la pena precisare, a chiusura, che gli obblighi di registrazione sopra illustrati del contratto di locazione non si applicano al contratto preliminare, atteso che, da un lato, la normativa in esame si riferisce ai contratti di locazione ed a quelli che costituiscono diritti reali di godimento e, pertanto, ai soli contratti definitivi che attribuiscono ad una delle parti l'effettiva disponibilità del bene; dall'altro, la finalità antielusiva della stessa non è configurabile rispetto al mero preliminare di locazione, dal quale non sorge l'obbligo di pagamento del canone.

Enrico Maria Buonfantino  
Avvocato patrocinante in Cassazione

## Sulla revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. del trust immobiliare in seguito ad intervento in giudizio della curatela fallimentare.

*Nota a Tribunale di Napoli, Sezione II, 23 gennaio 2019, n. 821*

### abstract

*For the Court of Naples, Bankruptcy proceedings can intervene in the proceedings introduced pursuant to art. 2901 c.c. by the single creditor against the still in bonis bankruptcy, extending the effects of the action to protect the entire mass of creditors.*

### keywords

*Revocatory action – Intervention in the trial – Bankruptcy.*

### abstract

*Per il Tribunale di Napoli, la curatela fallimentare può intervenire nel giudizio promosso da un creditore contro il fallito ancora in bonis ex art.2901 c.c., estendendo gli effetti dell'azione a tutela dell'intera massa dei creditori.*

### parole chiave

*Azione revocatoria – Intervento nel giudizio – Fallimento.*

### Azione revocatoria ordinaria – fallimento – intervento in giudizio – improcedibilità azione individuale

*L'improcedibilità dell'azione revocatoria ordinaria, rilevabile d'ufficio, sussiste nell'ipotesi di sopravvenuto fallimento del debitore ed intervento in giudizio del curatore a tutela degli interessi della massa, che fa venir meno la legittimazione ed anche l'interesse del singolo creditore a stare in giudizio, escludendo il contestuale concorso delle due azioni. In questi casi la legittimazione a proseguire il giudizio spetta esclusivamente al curatore, il quale agisce quale sostituto processuale della massa dei creditori, per cui gli effetti dell'accoglimento della revocatoria sono destinati a prodursi non più ad esclusivo vantaggio del singolo creditore attore, ma in favore di tutti i creditori del fallito.*

Tribunale di Napoli, Sezione II civile, 23 gennaio 2019, n. 821

Giudice dott.ssa Fabiana Ucchiello

(Omissis)

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Banco P. s.c. agiva nel presente giudizio, al fine di sentire dichiarare l'inefficacia nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 2901 c.c., dell'atto istitutivo di trust, stipulato in data 24/11/2011, per notaio A.D.L.R., rep. n. xxxx, raccolta n. xxxx, con il quale la S.G. costituiva il x.&x. Trust, nominando trustee la M.&P.P.T. S.p.A., dotandolo dei beni immobili, così come indicati nell'atto di citazione, ed i cui beneficiari erano i figli G.; G. e G.G.

Si costituivano i convenuti S.G. e la M.&P.P.T. S.p.A., i quali chiedevano il rigetto delle domande attoree.

Con atto di intervento, depositato in data 10/4/2018, si costituiva il fallimento di G.S., chiedendo l'accoglimento della domanda revocatoria proposta dalla banca affinché degli effetti derivanti dal suo accoglimento ne possa beneficiare l'attivo fallimentare ed, in sede di comparsa conclusionale, chiedeva, altresì, in via autonoma pronunciare la revocatoria dell'atto istitutivo di trust per cui è causa, con dichiarazione di inefficacia nei confronti dell'intervenuta curatela.

La causa veniva istruita documentalmente ed, all'udienza del 18/10/2018, alla presenza del solo difensore del fallimento intervenuto, veniva trattata in decisione con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

Deve, in primo luogo, dichiararsi l'improcedibilità della domanda proposta dalla banca attrice.

Sul punto, la Suprema Corte ha affermato che «Il fallimento del debitore, pendendo il giudizio di revocatoria ordinaria promossa contro di lui dal cre-

*ditore ex art. 2901 c.c., permette al curatore sia di subentrare nel relativo processo sia di proporre ex novo la medesima azione, ex art. 66 l. fall.; in entrambi i casi la legittimazione processuale dell'organo concorsuale è comunque esclusiva, non potendo cumularsi a quella del creditore singolare, data la finalità tipica ed essenziale dell'azione revocatoria, cioè consentire il soddisfacimento esecutivo, derivando da tale sbocco inevitabile la perdita di interesse attuale per il creditore. L'azione di quest'ultimo, se esercitata, diviene, dunque, improcedibile» (Cassazione civile sez. un., 17/12/2008, n. 29420)*

L'improcedibilità dell'azione ordinaria, rilevabile d'ufficio, sussiste, quindi, nell'ipotesi di azione revocatoria ordinaria, di sopravvenuto fallimento del debitore ed intervento in giudizio del curatore a tutela degli interessi della massa che fa venir meno la legittimazione ed anche l'interesse dell'attore a stare in giudizio, escludendo il contestuale concorso delle due azioni. In questi casi la legittimazione a proseguire il giudizio spetta esclusivamente al curatore, il quale agisce quale sostituto processuale della massa dei creditori, per cui gli effetti dell'accoglimento della revocatoria sono destinati a prodursi non più ad esclusivo vantaggio del singolo creditore attore, ma in favore di tutti i creditori del fallito. Dunque, nel caso di concorso tra l'azione intrapresa dal curatore con quella intrapresa dal singolo creditore, e nell'ipotesi del fallimento sopravvenuto quando l'azione revocatoria ordinaria sia stata già introdotta dal creditore singolo e sia tuttora pendente, la Suprema Corte riconosce senz'altro al curatore – oltre alla possibilità di intraprendere *ex novo* l'azione revocatoria ordinaria – anche la possibilità di proseguire il giudizio intrapreso dal singolo creditore, con un'inevitabile modifica oggettiva dei termini della questione, in quanto la domanda di inopponibilità dell'atto di disposizione, che avrebbe dovuto giovare al singolo creditore, va in realtà a vantaggio di tutti i creditori. Altrimenti si rischierebbe di vanificare, senza un giustificato motivo, quell'esigenza di rapidità ed economicità dei giudizi che trova conferma nel principio costituzionale della ragionevole durata dei processi

In virtù di tale principio costituzionale, la Suprema Corte richiama la necessità di privilegiare soluzioni che evitino l'inutile dispersione di attività processuale, e puntualizza che, qualora il curatore subentri al creditore singolo nell'azione revocatoria ordinaria, assume in sua vece la posizione dell'attore, restando l'interesse del singolo creditore assorbito da quello della massa dei creditori. Quindi, una volta che sia avvenuto il subentro del curatore nella medesima azione revocatoria già proposta dal singolo creditore, trattandosi di un'unica azione, non si può ammettere che le due legittimazioni possano coesistere. E il maggior ostacolo ad ammettere la possibile coesistenza delle due azioni si rinviene nella finalità stessa dell'azione revocatoria ordinaria, che è quella di consentire il

soddisfacimento esecutivo del creditore sul bene del quale il debitore si era spogliato. E anche la modalità di soddisfazione delle ragioni del terzo contraente – sottolinea la Corte – mutano per effetto del sopravvenuto fallimento, in quanto esse non possono più essere disciplinate in termini di postergazione, ex art. 2902, 2° co., c.c., ma seguono la regola del concorso.

Nel caso in esame, l'intervento del fallimento non comporta alcun mutamento né del *petitum* né della *causa petendi*, e, dunque, tenuto conto della domanda proposta dalla banca, devono ritenersi sussistenti i presupposti per la dichiarazione di inefficacia, ex art. 2901 c.c., dell'atto dispositivo del trust, stipulato in data 24/11/2011.

In via preliminare, devono rigettarsi le eccezioni sollevate dalle parti convenute costituite per carenza dei relativi presupposti. In ordine al difetto di giurisdizione, si rileva che l'art. 32 dell'atto istitutivo del trust per cui è causa, invero, prevede che le controversie relative alla validità o agli effetti del trust sono sottoposte alla magistratura italiana.

Passando al merito, deve, in diritto, innanzitutto rilevarsi che le condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria consistono nell'esistenza di un valido rapporto di credito tra il creditore che agisce in revocatoria e il debitore disponente, nell'effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale a seguito del compimento da parte del debitore dell'atto traslativo, e nella ricorrenza, in capo al debitore, ed eventualmente in capo al terzo, della consapevolezza che, con l'atto di disposizione, venga a diminuire la consistenza delle garanzie spettanti ai creditori (cfr., *ex multis*, Cass. civ. sentenza n. 27718 del 16 dicembre 2005). Nel caso di specie, le risultanze istruttorie in atti depongono nel senso della piena fondatezza della domanda. In particolare, deve ritenersi sussistente il rapporto di credito a favore della Banca P. s. c. e contro G.S. poiché lo stesso risulta accertato dai decreti ingiuntivi n. xxx/2013 e n. xxx/2013 depositati dalla parte attrice.

Non rileva che si tratti di crediti litigiosi, ovvero *sub iudice*, in quanto non ancora oggetto di accertamento definitivo in sede giudiziale. Sul punto, giova osservare che, secondo la giurisprudenza della S.C., dalla quale il Tribunale non ritiene di doversi discostare, (cfr., *ex multis*, Cass. Civ., sez. un., sentenza n. 9440 del 18 maggio 2004), «*poiché anche il credito eventuale, in veste di credito litigioso, è idoneo a determinare – sia che si tratti di un credito di fonte contrattuale oggetto di contestazione giudiziale in separato giudizio, sia che si tratti di credito risarcitorio da fatto illecito – l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 cod. civ., avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore, il giudizio promosso con l'indicata azione non è soggetto a sospensione necessaria a norma dell'art.*

295 cod. proc. civ. per il caso di pendenza di controversia avente ad oggetto l'accertamento del credito per la cui conservazione è stata proposta la domanda revocatoria, in quanto la definizione del giudizio sull'accertamento del credito non costituisce l'indispensabile antecedente logico-giuridico della pronuncia sulla domanda revocatoria, essendo d'altra parte da escludere l'eventualità di un conflitto di giudicati tra la sentenza che, a tutela dell'allegato credito litigioso, dichiara inefficace l'atto di disposizione e la sentenza negativa sull'esistenza del credito».

Peraltro, occorre sottolineare che, successivamente, la Suprema Corte ha chiarito ulteriormente quanto affermato in tale pronuncia, sostenendo che «la pregiudizialità che rende necessaria la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., essendo soltanto quella che può dar luogo ad un contrasto tra giudicati, non è ravvisabile nei rapporti tra la domanda di accertamento del credito e l'azione di simulazione, nullità o revocatoria proposta dal creditore nei confronti dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale posto in essere dal debitore» (Cass. civ. sentenza n. 19492 del 6 ottobre 2005): in estrema sintesi, ciò che impone l'obbligo di sospendere il giudizio è una «pregiudizialità necessaria», che nel caso in esame non si ravvisa perché non ricorre il rischio di un eventuale conflitto di giudicati (il mancato riconoscimento del credito, infatti, comporterebbe solo l'impossibilità di agire esecutivamente).

Ricorre, poi, il requisito del danno, arrecato dall'atto di disposizione alle ragioni di credito dell'attore. In proposito, giova premettere che è principio consolidato quello per cui il pregiudizio richiesto dall'art. 2901 c.c. non deve necessariamente consistere in un danno concreto ed effettivo, essendo invece sufficiente un pericolo di danno derivante dall'atto dispositivo, il quale abbia comportato una modifica della situazione patrimoniale del debitore tale da rendere incerta l'esecuzione coattiva del credito o da comprometterne la fruttuosità (cfr., in questi termini, Cass. civ. n. 15310/07, 2971/99, 7262/00).

Nel caso di specie, la sussistenza del requisito del quale si discorre è ampiamente comprovata dall'assenza di prova della proprietà, in capo alla debitrice fallita, di altri beni immobili utilmente aggredibili, da parte del creditore, ed è, quindi, indubbio ed incontestabile che la costituzione di un trust avente ad oggetto beni immobili costituisca un evidente rischio per i creditori. D'altronde, il pregiudizio (*eventus damni*), al quale fa riferimento l'art. 2901 c.c., va oltre il concetto di danno, per comprendere anche quello di semplice pericolo di danno (Cass. 02.04.2004, n. 6511; Cass. 15.06.1995, n. 6777).

La Suprema Corte ha evidenziato invero che interesse del creditore non è soltanto la conservazione della garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore, ma anche il mantenimento di uno stato di

maggiore fruttuosità ed agevolezza dell'azione esecutiva susseguente all'utile esperimento della revocatoria, sicché il pregiudizio (*eventus damni*) può essere costituito finanche da una variazione (sia quantitativa, che qualitativa) del patrimonio del debitore, purché tale variazione comporti appunto una maggiore difficoltà od incertezza nella esazione coattiva del credito, oppure ne comprometta la fruttuosità (Cfr. Cass. Civ. 04.07.2006, n. 15265; Cass. Civ. 29.10.1999, n. 12144; Cass. Civ. 08.07.1998, n. 6676; Cass. Civ. 06.05.1998, n. 4578).

Relativamente al requisito soggettivo, giova, poi, anzitutto, rilevare che, nella specie, l'atto dispositivo posto in essere sia successivo al sorgere dei crediti. Invero, alla data dell'atto istitutivo del trust per cui è causa, 24/11/2011, già sussisteva il credito della banca attrice, in quanto lo stesso risulta fondato su contratti di conto corrente ed apertura di credito, nonché atti di fideiussione tutti stipulati anteriormente al novembre 2011. Sul punto, occorre considerare che, secondo un costante indirizzo interpretativo, il requisito dell'anteriorità del credito rispetto all'atto impugnato deve essere riscontrato in base al momento in cui il credito stesso insorge, e non in base al momento – eventualmente successivo – del suo accertamento giudiziale (cfr. Cass. 23 novembre 1985 n. 5624). Inoltre, in tema di azione revocatoria proposta nei confronti del fideiussore, come nel caso di specie è la S., l'acquisto della qualità di debitore nei confronti del creditore precedente risale al momento della nascita del credito, sicché a tale momento occorre far riferimento per stabilire se l'atto pregiudizievole sia anteriore o successivo al sorgere del credito. Pertanto, prestata la fideiussione a garanzia di un credito preesistente, l'atto istitutivo del trust successivamente compiuto dal fideiussore è soggetto all'azione revocatoria in presenza soltanto del requisito soggettivo della *scientia damni*, cioè della consapevolezza, da parte del medesimo, di arrecare pregiudizio al creditore, e – trattandosi di atto non oneroso – senza che risulti neppure la consapevolezza del terzo; d'altra parte, la verifica dell'*eventus damni* deve essere compiuta con riferimento esclusivamente alla consistenza patrimoniale e alla solvibilità del fideiussore e non a quella del debitore garantito (cfr. Cass. Civ. n. 22465/06).

L'azione revocatoria ordinaria presuppone, per la sua esperibilità, la sola esistenza di un debito, e non anche la sua concreta esigibilità. Pertanto, prestata fideiussione in relazione alle future obbligazioni del debitore principale connesse ad un'apertura di credito, gli atti dispositivi del fideiussore (nella specie, la costituzione in trust degli unici beni immobili di sua proprietà) successivi all'apertura di credito e alla prestazione della fideiussione, se compiuti in pregiudizio delle ragioni del creditore, sono soggetti alla predetta azione, ai sensi dell'art. 2901 n. 1, prima parte, c.c., in base al solo requisito soggettivo

vo della consapevolezza di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore (“*scientia damni*”) e al solo fatto oggettivo dell’avvenuto accreditalmento; l’insorgenza del credito va infatti apprezzata con riferimento al momento dell’accreditalmento e non a quello, eventualmente successivo, dell’effettivo prelievo da parte del debitore principale della somma messa a sua disposizione (cfr. Cass. Civ. n. 25556/09).

Peraltro, quanto al requisito soggettivo, giova precisare che in tema di revocatoria ordinaria, ai fini della configurabilità del “*consilium fraudis*” per gli atti di disposizione a titolo gratuito compiuti dal debitore successivamente al sorgere del credito – quali sono la donazione, il negozio costitutivo di un fondo patrimoniale e l’atto di conferimento di beni in trust –, non è necessaria l’intenzione di nuocere ai creditori, essendo sufficiente la consapevolezza, da parte del debitore stesso (e non anche del terzo beneficiario), del pregiudizio che, mediante l’atto di disposizione, sia in concreto arrecato alle ragioni del creditore, consapevolezza la cui prova può essere fornita anche mediante presunzioni (cfr. Cass. Civ. n. 17867/07).

Nel caso di specie, la prova della *scientia damni*, in capo alla disponente, è chiaramente desumibile dal rilievo per cui la costituzione del trust ha interessato tutto il patrimonio immobiliare, del quale era titolare la convenuta S., poi fallita.

Tanto, quindi, induce a ritenere sussistente, in capo ad essa, la piena consapevolezza di pregiudicare le ragioni creditorie dell’istante.

Del resto, a fronte di tale specifica allegazione, operata dall’attrice, la convenuta non ha in alcun modo dedotto o provato la disponibilità, in capo alla stessa, di beni ulteriori, rispetto a quelli oggetto del menzionato atto dispositivo, idonei a garantire le ragioni di credito dell’odierna istante. Pertanto, sussistendone tutti i presupposti, in accoglimento della domanda del fallimento di G. S., deve essere dichiarata l’inefficacia, nei confronti del fallimento di G. S., dell’atto istitutivo di trust, stipulato in data 24/11/2011, per notaio A.D.R.R., rep. n. xxx, raccolta n. xxx.

Infine, rileva il Tribunale che, in ragione dell’esito dell’azione avviata dalla banca attrice e della particolarità e novità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per disporre, rispetto a detta azione l’integrale compensazione delle spese di lite

Le spese processuali (*omissis*).

P.Q.M.

(*Omissis*)

*Nota a sentenza*

## sommario

Premessa – 1. Azione revocatoria ex art.2901 c.c. nei confronti del trust immobiliare. – 2. Intervento della

curatela fallimentare nel procedimento. – 3. La decisione.

## Premessa

Il Tribunale di Napoli ha affrontato l’azione revocatoria ex art.2901 c.c. di un trust immobiliare, introdotta da un istituto di credito nei confronti di un imprenditore, trovandosi a dover decidere sulla vicenda in seguito al fallimento del debitore ed all’intervento in giudizio della curatela fallimentare a tutela dell’intera massa dei creditori. Il Tribunale in sentenza ha ritenuto improcedibile l’azione del singolo creditore, accogliendo le conclusioni rassegnate dalla curatela fallimentare intervenuta in giudizio, di fatto assorbendo l’azione esperita dal creditore individuale in quella esperita dalla curatela fallimentare con l’intervento.

### 1. Azione revocatoria ex art. 2901 c.c. nei confronti del trust immobiliare

L’azione revocatoria ordinaria mira all’inefficacia nei confronti di un terzo del negozio giuridico concluso tra due o più parti. Pertanto, con l’accoglimento dell’azione, il Giudice interessato della controversia rende, di fatto, inopponibile alla parte vincitrice del giudizio il contratto stipulato *in consilium fraudis*.

Tale sorta di azione mira a tutelare il creditore nei confronti del debitore che abbia deciso di spogliarsi dei propri beni al fine di rendersi ‘inattaccabile’, con il chiaro intento di non adempiere alle proprie obbligazioni. La *scientia damni* da parte del debitore, oltre alla consapevolezza di compiere un atto in frode ai creditori, sono i presupposti fondamentali al fine di esperire un’azione che non mira alla restituzione del bene, bensì a rendere nei confronti del creditore frodato inefficace l’atto dispositivo.

Il credito per il quale si può ottenere tutela con l’azione revocatoria, seppure debba chiaramente essere dotato dei requisiti di astratta ed ipotetica sussistenza precedentemente all’inizio del giudizio, non deve essere *certo, liquido ed esigibile* al momento dell’instaurazione del giudizio ex art.2901 c.c., visto che, anche una mera potenzialità creditoria trova tutela nell’ammissibilità dell’azione. Sull’argomento è intervenuta a SSUU la Corte di Cassazione che ha evidenziato come anche il credito cd ‘litigioso’ possa essere tutelato mediante l’esperimento dell’azione revocatoria, tanto da non necessitare neppure di sospensione il giudizio di accertamento del predetto credito che avrà un iter completamente autonomo rispetto a quello sui presupposti della revocabilità di un negozio giuridico stipulato *in consilium fraudis*<sup>1</sup>. Non di rado, proprio in

<sup>1</sup> Cass. civ., sez. un., sentenza n. 9440 del 18 maggio 2004). Sull’argomento in ultimo cfr Cass. Civ. n. 5618/2018: «Anche il ‘credito eventuale’, nella veste di ‘credito litigioso’, è idoneo a determinare l’insorgere della qualità di creditore che abilita l’esperimento dell’azione revocatoria ordinaria contro l’atto di disposi-

materia fallimentare, si assiste alla proposizione contemporanea dell'azione di responsabilità ex art. 146 l.f. nei confronti degli amministratori e di separata azione revocatoria, nei confronti dei medesimi, che mira all'inefficacia nei confronti del fallimento degli atti dispositivi del trasferimento di beni immobili personali di coloro i quali potrebbero essere stati gli artefici di comportamenti fraudolenti o irresponsabili.

Il negozio giuridico impugnato pertanto, nel caso di accoglimento dell'azione revocatoria, diviene inefficace nei confronti del soggetto che ha ottenuto ragione in giudizio nei cui confronti, pertanto, gli effetti del contratto non saranno opponibili.

Nella fattispecie del trust immobiliare, la particolarità è dettata dalle caratteristiche dell'istituto che, nel nostro ordinamento, trova una disciplina relativamente recente e sulla 'falsa riga' del fondo patrimoniale<sup>2</sup>. Senza ulteriormente dilungarsi in aspetti che non riguardano la sentenza in commento, ad ogni modo, la giurisprudenza di legittimità e di merito, ha sancito, nel corso degli anni, definitivamente la revocabilità del trust, laddove, il conferimento dei beni immobili ad un terzo – che nella fattispecie avviene a titolo gratuito, seppure non configurandosi una donazione vista la futura plausibile retrocessione dei beni conferiti – venga effettuato successivamente all'insorgere di posizioni debitorie in capo al disponente, quando detta trasposizione renda il convenuto debitore inattuabile dai creditori, che non avrebbero altri beni sui quali poter trovare soddisfazione<sup>3</sup>.

zione compiuto dal debitore» ed ancora Cass. Civ. n. 11755/2018. Si veda, in proposito, anche la recentissima pronuncia della giurisprudenza di merito, secondo la quale «Ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria non è richiesto che il credito sia liquido ed esigibile in quanto l'art. 2901 c.c. ha accolto una nozione lata del credito, comprensiva della ragione o aspettativa, con conseguenza irrilevanza dei normali requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità, sicché anche il credito eventuale, nella veste di credito litigioso, è idoneo a determinare – sia che si tratti di un credito di fonte contrattuale oggetto di contestazione in separato giudizio sia che si tratti di credito risarcitorio da fatto illecito – l'insorgere della qualità del creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore»

<sup>2</sup> legge 16 ottobre 1989 n. 364, che ratifica la Convenzione dell'Aja del 1985. La Convenzione (art. 2) definisce il trust come «i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico»

<sup>3</sup> Cass. civ. Sez. III, 19/04/2018, n. 9637 che cita 'Il conferimento di beni in Trust è da considerarsi atto a titolo gratuito ai fini dell'azione revocatoria in quanto è un negozio idoneo a costituire un patrimonio separato finalizzato ad uno scopo per il quale non è previsto alcun corrispettivo. Di conseguenza esso è soggetto all'azione revocatoria' FONTI Notariato, 2018, 4, 473 ed ancora Cass. civ. Sez. III Sent., 03/08/2017, n. 19376 'L'istituzione di trust familiare (nella specie, per fare fronte alle esigenze di vita e di studio della prole) non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura – ai fini della revocatoria ordinaria – un atto a titolo

In tal caso l'azione del creditore è soggetta ad un termine prescrizione di cinque anni che decorreranno dall'atto dispositivo dei beni.

## 2. Intervento della curatela fallimentare nel procedimento ex art. 2901 c.c. Legittimazione e posizione processuale del fallimento

Nella vicenda che ci occupa, l'istituto bancario aveva agito in revocatoria del trust immobiliare, istituito su richiesta di un soggetto che, dopo la concessione di credito da parte della banca, era rimasto inadempiente al finanziamento chirografario. Il debitore aveva conferito in trust i propri beni immobili, rimanendo di fatto, privo di beni attaccabili dai creditori: a quel punto, l'istituto bancario, nel rispetto dei termini di prescrizione dell'azione, agiva in giudizio ex art. 2901 c.c., al fine di rendere nei suoi confronti inefficace il conferimento dei beni in trust.

Nelle more del procedimento giudiziario, il debitore veniva assoggettato a procedura concorsuale, tanto che la curatela fallimentare, in seguito ad un'analisi dei contenziosi in corso e dello squilibrio tra attivo (insussistente o comunque insufficiente rispetto al passivo accertato) e passivo fallimentare, decideva di intervenire nel procedimento instaurato dall'istituto bancario.

L'intervento, inizialmente definito dal Tribunale come *adesivo*<sup>4</sup> alle prospettazioni dell'istituto bancario si rivelava, proceduralmente, giustificato da ragioni proprie avanzate dalla curatela che, quindi, interveniva, in virtù del potere di sostituzione processuale del curatore rispetto ai creditori insinuati, quale soggetto in litisconsorzio volontario con parte attrice. Di qui la definizione che si ritiene di dover fornire di intervento litisconsortile volontario.

Lo stesso Tribunale, in sentenza, ha chiarito come, per quanto la curatela sia intervenuta in adesione alle prospettazioni di parte attrice e contro i convenuti, nella fase conclusionale la stessa abbia evidenziato delle autonome ragioni di intervento, estendendone quindi la portata<sup>5</sup>.

gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti».

<sup>4</sup> Cassazione civile sentenza n. 5621/2017 del 7/3/2017 definisce l'intervento del terzo creditore nell'azione revocatoria già pendente come un intervento adesivo autonomo.

<sup>5</sup> Sull'argomento è molto puntuale la descrizione delle tipologie di intervento processuale volontario fornita da Tribunale di Roma sentenza n.21610/2016 che cita «(omissis) Può esservi, poi, l'intervento cd. litisconsortile o adesivo autonomo, che trova, anch'esso, previsione nel disposto del primo comma dell'art. 105 c.p.c., laddove tale norma prevede che il terzo possa intervenire non già nei confronti di tutte le parti originarie ma solo di alcune di queste, sempre per far valere un proprio diritto connesso, per l'oggetto o per il titolo, con quello dedotto nel giudizio già pendente. Con tale tipo di intervento il terzo propone, in sostanza, una domanda nei confronti di una o più – ma non tutte – le parti originarie, che va ad affiancarsi a quella già proposta

### 3. La decisione

La sentenza resa dal Tribunale di Napoli affronta sinteticamente e contemporaneamente con dovizie di particolari, il delicato tema dell'intervento della curatela fallimentare in un giudizio introdotto ex art. 2901 c.c. da un creditore dell'imprenditore quando quest'ultimo era ancora *in bonis*.

Il Tribunale chiarisce come, processualmente, l'azione introdotta da parte del singolo creditore nei confronti del debitore, in seguito al fallimento e successivo intervento del curatore in quel giudizio contro il debitore (fallito), divenga improcedibile perché assorbita nella più ampia azione a tutela dell'intera massa dei creditori.

Il tribunale ritiene ammissibile l'intervento della curatela a tutela dell'intera massa dei creditori in considerazione del rapporto di sostituzione processuale *ex lege* che opera nel caso di apertura della procedura concorsuale. Su quale tipologia di intervento esso rappresenti, poi, si può affermare che, per quanto processualmente sia vicino alla tipologia dell'adesivo alle prospettazioni attoree, in realtà l'intervento spiegato sia qualificabile come *liticonsortile*, dal momento che per quanto il fallimento sposti completamente le prospettazioni attoree contro il trustee e contro il fallito, in realtà, ne estende gli effetti a beneficio dell'intera massa dei creditori.

Il fallimento con l'intervento in giudizio, associandosi a richieste già inoltrate al giudice dal creditore attore, evita anche di poter incorrere nella prescrizione del diritto, di fatto sfruttando il procedimento già pendente e l'azione tempestivamente instaurata dall'istituto di credito che, come chiarito dal Tribunale, viene assorbita in quella della curatela. A ben vedere i convenuti in giudizio non hanno formulato alcuna eccezione di prescrizione nei confronti del fallimento dopo l'intervento in giudizio, quindi, il giudice non ha dovuto affrontare la problematica; in ogni caso sarebbe interessante comprendere il giudice di merito come si sarebbe posto innanzi a siffatta eventuale eccezione, laddove sicuramente l'azione dell'attore in giudizio era stata introdotta prima del maturare di qualsiasi termine prescrizione, mentre l'azione assorbente oggetto dell'intervento della curatela veniva instaurata ben oltre il quinquennio dalla istituzione del trust revocato.

Superato l'aspetto tecnico procedurale relativo all'ammissibilità dell'intervento ai fini della prosecuzione del giudizio a beneficio dell'intera massa dei creditori della procedura, il tribunale conferma l'orientamento maggioritario della Suprema Corte che reputa revocabile il trust, atto per propria natura gratuito, disponendone l'inefficacia. La consapevolezza di arrecare un danno ai creditori e la distrazione totale

del proprio patrimonio immobiliare messa in atto dal debitore, poi fallito, comportano l'inefficacia dell'atto dispositivo ed un recupero dei beni immobili e dei loro frutti all'attivo fallimentare.

---

dall'attore o spiegata dal convenuto in via riconvenzionale, e che avrebbe potuto essere formulata con queste ultime, in cumulo originario, in forza delle suindicate ragioni di connessione».

Giuseppe M. Orlando  
Praticante Avvocato

## Sulla non sovrapposibilità del danno morale e del danno esistenziale. *Nota a Cassazione civile, Sezione III, 31 gennaio 2019, n. 2788*

### abstract

*Pronunciation of the Supreme Court of Cassation regarding the impossibility to compensate moral and existential damages, it can be illustrated the main criteria of the extra-pecuniary damages compensation, the standards followed by the Court due to the compensation and the difference between event and consequence damage in order to the personalization of the damage*

### keywords

*Extra-pecuniary damage – Unity of the indemnified – Moral and existential damages – Compensation – Personalization.*

### abstract

*Pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, delucidazioni in merito all'impossibilità di sovrapporre il risarcimento del danno morale con quello esistenziale, i criteri principali seguiti dalla Corte in merito al risarcimento del danno non patrimoniale, la differenza tra danno evento e danno conseguenza e la personalizzazione del danno*

### parole chiave

*Danno non patrimoniale – Onnicomprensività del risarcimento – Danno morale ed esistenziale – Risarcimento – Personalizzazione del danno.*

**Il giudice nell'atto della liquidazione del danno ingiusto dovrà tenere necessariamente in considerazione tanto il danno alla salute in se, quanto le conseguenze interiori e relazionali patite dal soggetto, in modo particolare, applicando la misura standard prevista dalla legge o conformandosi al criterio equitativo del c.d. punto variabile nelle tabelle milanesi. La misura stabilita da tali criteri può essere aumentata nella sua componente dinamico-relazionale, in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed eccezionali.**

**I criteri tabellari utilizzati quali parametri per la**

**qualificazione del danno, possono essere applicati solo in riparazione delle conseguenze "normali" afferenti quindi ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente patirebbe.**

**Di fronte a specifiche e peculiari circostanze di fatto, considerate extra ordinarie, il giudice è invece tenuto a personalizzare il danno, non confondendo all'interno della categoria del danno biologico il danno morale e quello esistenziale che pur dovendo essere liquidati sotto un'unica voce rappresentano due categorie la cui entità deve essere valutata autonomamente dall'altra.**

Cassazione civile, Sezione III, 31 gennaio 2019, n. 2788

*(Omissis)*

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

C.M. e D.F.M. convenivano in giudizio l'Azienda policlinico (*OMISSIS*) di Roma chiedendo il risarcimento dei danni patrimoniali e non, subiti dall'attrice per l'esecuzione colposamente inidonea di un intervento chirurgico effettuato per il trattamento di un'ernia discale, seguito da una seconda operazione solo parzialmente riparatrice, con conseguente necessità, in chiave terapeutica, di significative cure fisioterapiche e farmacologiche.

Il tribunale, per quanto qui ancora rileva, accoglieva la domanda condannando, altresì, Ina Assitalia s.p.a., chiamata in garanzia dall'azienda ospedaliera, a tenere indenne la stessa nella misura della liquidazione risarcitoria accordata. La corte di appello riformava parzialmente la pronuncia di primo grado, riducendo, in particolare, la liquidazione del danno in favore dell'attrice, in conseguenza di un'invalidità permanente ritenuta sussistente in misura minore; escludeva il danno da lesione del rapporto parentale in favore del coniuge, stante l'assenza di macrolesioni che potessero legittimare il ricorso a presunzioni; accoglieva e liquidava altresì il danno la lesione del diritto al consenso informato, quale situazione giuridica soggettiva distintamente tutelata.

Avverso questa decisione ricorrono per cassazione C.M. e D.F.M. formulando sei motivi. Resistono con controricorso l'Azienda policlinico (OMISSIS), Generali Italia s.p.a., già Ina Assitalia s.p.a., e E.V., medico che aveva eseguito sia il primo che il secondo intervento, originariamente chiamato in causa dalla società assicuratrice unitamente ad altri due medici, L.J., quale partecipante al primo intervento, e Ca.Gi., coesecutore del secondo intervento. Non hanno svolto difese L.J. e Ca.Gi.. Generali Italia s.p.a. ha depositato memoria.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2059 c.c., in uno all'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, poiché la corte d'appello avrebbe errato nell'omettere di considerare che l'indagine medico legale del perito d'ufficio aveva accertato la lesione morfologica ma non aveva apprezzato le specifiche e dettagliate conseguenze funzionali e quindi relazionali della stessa, di cui pertanto era mancata la liquidazione ai fini dell'unitaria ma compiuta riparazione del danno non patrimoniale arrecato, il tutto, in particolare, non apprezzando il più che probabile aggravamento futuro dei postumi e, inoltre, contraddicendosi, perché dapprima indicando lacune della stessa consulenza nella complessiva quantificazione della percentuale d'invalidità permanente (20% invece del 27% derivante dalla somma di quelle quantificate per i singoli profili biologici sezionati) e nell'omessa inclusione del danno estetico (per un necessario incremento al 30% finale), e poi concludendo per l'erroneità della sentenza con cui il tribunale aveva, invece, colmato le lacune medesime, accordando più congruamente, anche se non abbastanza, un percentuale di danno permanente del 40%. Con il secondo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2059 c.c., in uno all'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, perché la corte di appello avrebbe errato contraddicendosi nel riconoscere, a C.M., per un verso, un danno relazionale, neppure idoneamente liquidato, alla vita di relazione in specie sessuale, per converso negandolo, poi, al marito cui avrebbe potuto e dovuto riconoscersi per via presuntiva, anche in riferimento alla sofferenza normalmente implicata dal legame affettivo. Con il terzo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2059 c.c., in uno all'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, poiché la corte di appello avrebbe errato nel mancare di considerare la componente morale del danno non patrimoniale, illegittimamente ritenuta assorbita dalla liquidazione personalizzata del danno biologico e neppure valutata apprezzando la gravità della condotta colposa lesiva. Con il quarto motivo si prospetta la violazione di legge che la corte di appello avrebbe commesso, come già aveva fatto il tribunale, applicando, per la liquidazione

del danno alla persona, le c.d. tabelle romane invece che quelle milanesi.

Con il quinto motivo si prospetta l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso in cui sarebbe incorsa la corte di appello non apprezzando nella sua compiutezza la lesione derivante dalla violazione del consenso informato, pur affermata a differenza di quanto accaduto in primo grado, concludendo per una liquidazione equitativa inadeguatamente limitata a 10.000 Euro senza considerare, in particolare, che l'attrice non avrebbe assentito all'intervento stesso se avesse avuto contezza di ogni aspetto fattuale e soprattutto della possibilità di evitare l'operazione, tentando la fisioterapia conservativa, in specie alla luce delle risultanze dell'esame elettroencefalografico che le furono evidentemente celate, fermo che, quanto meno, conoscendo adeguatamente i rischi, si sarebbe meglio preparata alla successiva sofferenza derivante dall'intervenuta invalidità.

Con il sesto motivo si prospetta l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso e l'illegittima negazione del rinnovo della consulenza tecnica d'ufficio, poiché la corte di appello avrebbe illogicamente mancato di valutare che le conseguenze della colposa condotta medica erano da verificare, come non era stato fatto, anche con riferimento alla sintomatologia dolorosa dovuta agli spasmi muscolari da compressione midollare e alla limitazione della motilità delle spalle oltre che degli arti e non solo del collo o della colonna vertebrale.

2. Il primo e terzo motivo vanno esaminati congiuntamente per connessione, e sono fondati.

2.1. Deve premettersi che nel ricorso per cassazione, il motivo di impugnazione che prospetti una pluralità di questioni precedute dall'elencazione delle norme che si assumono violate e dalla deduzione del vizio di motivazione, è inammissibile, richiedendo un inesigibile intervento integrativo della Corte che, per giungere alla compiuta formulazione del motivo, dovrebbe individuare per ciascuna delle doglianze lo specifico vizio di violazione di legge o di difetto motivazionale (Cass., 20/09/2013, n. 21611).

La suddetta inammissibilità può dirsi sussistente, logicamente, a patto che la descritta mescolanza di motivi sia inestricabile (cfr. anche Cass., 17/03/2017, n. 7009). Infatti, deve al contempo farsi applicazione del principio per cui la circostanza che un singolo motivo sia articolato in più profili di doglianza, ciascuno dei quali avrebbe potuto essere prospettato come un autonomo motivo, non costituisce, di per sé, ragione d'inammissibilità dell'impugnazione, dovendosi ritenere sufficiente, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, che la sua formulazione permetta di cogliere con chiarezza le deduzioni prospettate in modo da consentirne, se necessario, l'esame separato esattamente negli stessi termini in cui lo si sarebbe potuto fare se esse fossero state articolate in motivi distinti (Cass., Sez.

U., 06/05/2015, n. 9100).

L'esame del motivo ora in scrutinio così come degli altri in cui la questione si ripropone - richiamando in modo cumulativo disposizioni correlate a violazioni di legge e il vizio di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. - avverrà nei suddetti limiti, al di fuori dei quali residua dunque l'inammissibilità delle censure.

2.2. Sul piano del diritto positivo, l'ordinamento riconosce e disciplina (soltanto) le fattispecie del danno patrimoniale (nelle due forme del danno emergente e del lucro cessante: art. 1223 c.c.) e del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.; art. 185 c.p.).

La natura unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Corte cost. n. 233 del 2003; Cass., Sez. U., 11/11/2008, n. 26972) dev'essere interpretata, parte qua, sul piano delle categorie giuridiche (anche se non sotto quello fenomenologico) rispettivamente nel senso:

- a) di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione economica;
- b) di onnicomprensività intesa come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative "in peius" della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, a seguito di compiuta istruttoria, a un accertamento concreto e non astratto del danno, a tal fine dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.

Nel procedere all'accertamento e alla quantificazione del danno risarcibile, il giudice di merito deve dunque tenere conto, da una parte, dell'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost. n. 235 del 2014, punto 10.1 e ss.) e, dall'altra, del recente intervento del legislatore sugli artt. 138 e 139 c.d.a. come modificati dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 17, la cui nuova rubrica ("danno non patrimoniale", sostitutiva della precedente, "danno biologico"), e il cui contenuto consentono di distinguere definitivamente il danno dinamico-relazionale da quello morale.

Ne deriva che il giudice deve congiuntamente, ma distintamente, valutare la compiuta fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l'aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale) quanto quello dinamico-relazionale (destinato a incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto).

2.3. La regola di giudizio dianzi esposta si pone in una linea di evidente continuità con i principi diacronicamente (ma costantemente) affermati dalla giuri-

sprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia Europea, oltre che da questa stessa Corte regolatrice (principi rispetto ai quali le sole sentenze del 2008 delle sezioni unite di questa Corte sembrarono segnare, parte qua, un momento di apparente discontinuità).

a) Corte cost. n. 184 del 1986: "Va ribadito che il danno biologico è nettamente distinto (ed assume un ruolo autonomo) sia in relazione al lucro cessante da invalidità temporanea o permanente, sia nei confronti del danno morale in senso stretto"; "Il danno biologico è sempre presente nell'avvenuta menomazione psico-fisica, ed è sempre risarcito, a differenza delle due voci (eventuali) del lucro cessante e del danno morale"; "Anche se il danno biologico risulta nettamente distinto dal danno morale subiettivo, ben può applicarsi l'art. 2059 c.c., ove dal primo (lesione della salute) derivi, come conseguenza ulteriore rispetto all'evento della menomazione delle condizioni psico-fisiche del soggetto leso, un danno morale subiettivo"; "Il danno biologico è un tipo di danno-evento, mentre il danno morale subiettivo è un genere di danno-conseguenza. Diversamente dalle conseguenze morali subiettive o patrimoniali, che possono anche mancare in tutto o in parte, il danno biologico, in quanto evento interno al fatto lesivo, deve necessariamente esistere ed essere provato";

b) Corte cost. n. 372 del 1994: "Il danno alla salute patito dal familiare della persona uccisa è il momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo turbamento dell'equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo, che, in persona particolarmente predisposte, anziché esaurirsi in un patema d'animo o in uno stato d'angoscia transeunte, può degenerare in un trauma fisico o psichico permanente"; "Il risarcimento dei danni non patrimoniali deve essere razionalmente commisurato non semplicemente al pretium doloris in senso stretto, ma alle conseguenze del trauma in termini di perdita delle qualità personali";

c) Corte cost. n. 293 del 1996: "L'inclusione del danno alla salute nella categoria considerata dall'art. 2059 c.c., non significa identificazione con il danno morale soggettivo, ma soltanto riconducibilità delle due figure, quali specie diverse, al genere del danno non patrimoniale";

d) Corte cost. n. 233 del 2003 (punto 3.4.): "Occorre da ultimo considerare che l'indirizzo interpretativo assunto dal rimettente come diritto vivente risulta disatteso, successivamente all'ordinanza di rimessione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità Giova al riguardo premettere - pur trattandosi di un profilo solo indirettamente collegato alla questione in esame - che può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c., si identificerebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo. In due recentissime pronun-

ce (Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828) viene, infatti, prospettata un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona”;

e) Corte cost. n. 235 del 2014 (punto 10.1.) “E' pur vero che l'art. 139 cod. ass. fa testualmente riferimento al danno biologico, e non fa menzione del danno morale. Ma la norma denunciata non è chiusa, come paventano i rimettenti, alla risarcibilità anche del danno morale: ricorrendone i presupposti del quale, il giudice può avvalersi della possibilità di incremento dell'ammontare del danno biologico, secondo la previsione, e nei limiti, di cui alla disposizione del comma 3 (aumento del 20%). L'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno attiene al solo, specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità, e lascia comunque spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio, eventualmente maggiorandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato”;

f) Corte giust., 23/01/2014, C-371/2012: “Rientra nella nozione di danno alla persona ogni danno arrecato alla sua integrità che include le sofferenze sia fisiche che psicologiche. Di conseguenza, tra i danni che devono essere risarciti conformemente alla prima e alla seconda direttiva figurano i danni morali. Il diritto nazionale italiano prevede, da un lato, all'art. 2059 c.c., il fondamento del diritto al risarcimento dei danni morali derivanti dai sinistri stradali, dall'altro, all'art. 139 cod. ass., le modalità di determinazione della portata del diritto al risarcimento per quanto riguarda il danno biologico per lesioni di lieve entità cagionate da siffatti sinistri. L'art. 139 cod. ass. non si pone, pertanto, in contrasto con la normativa comunitaria, poiché la liquidazione del danno morale, se e in quanto dimostrato, non è impedita dalla norma denunciata, ma semmai, come confermato dal Governo italiano in udienza dinanzi alla Corte, limitata entro la misura stabilita dalla norma stessa”;

g) Cass. n. 8827 del 2003 (p. 38): “Si risarciscono così danni diversi da quello biologico e da quello morale soggettivo, pur se anch'essi, come gli altri, di natura non patrimoniale”, il che “non impedisce che la valutazione equitativa di tutti i danni non patrimoniali possa anche essere unica, senza una distinzione - bensì opportuna, ma non sempre indispensabile - tra quanto

va riconosciuto a titolo di danno morale soggettivo, quanto a titolo di risarcimento del danno biologico in senso stretto, se una lesione dell'integrità psico-fisica sia riscontrata, e quanto a titolo di ristoro dei pregiudizi ulteriori e diversi dalla mera sofferenza psichica”, e ciò perché “il danno biologico non è configurabile se manchi una lesione dell'integrità psico-fisica secondo i canoni fissati dalla scienza medica: in tal senso si è orientato il legislatore con il D.Lgs. 23 febbraio 2000, art. 13, e L. n. 57 del 2001, artt. 5 e 38, prevedendo che il danno biologico debba essere suscettibile di accertamento o valutazione medico-legale”;

h) Cass., Sez. U., n. 6276 del 2006: “Invero, stante la forte valenza esistenziale del rapporto di lavoro, per cui allo scambio di prestazioni si aggiunge il diretto coinvolgimento del lavoratore come persona, per danno esistenziale si intende ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare abitudinale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Peraltro, il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed ulteriore (propria del danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso. Il danno esistenziale, essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazioni secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico - necessita di precise indicazioni comprovanti l'alterazione delle abitudini di vita del danneggiato in conseguenza di ciò che concretamente ha inciso in senso negativo nella sfera del lavoratore alterandone l'equilibrio”.

Va, in particolare, osservato, quanto all'interpretazione del dictum del giudice delle leggi di cui a Corte cost. n. 235 del 2014, che una piana lettura del punto 10.1. della sentenza non consente (diversamente da quanto sostenuto recentemente da autorevole dottrina, che discorre, in proposito, “di lettura antiletterale”) soluzione diversa da quella che predichi l'ontologica differenza tra danno morale e danno biologico (i.e., il danno dinamico-relazionale).

Una diversa lettura della decisione, che ne ipotizzi l'assorbimento del danno morale in quello biologico difatti, ometterebbe del tutto di considerare che la premessa secondo cui “la norma denunciata di incostituzionalità non è chiusa al risarcimento anche del danno morale” evidenzia con cristallina chiarezza la differenza tra qualificazione della fattispecie e liquidazione del danno.

Se, sul piano strutturale, la qualificazione della fattispecie “danno non patrimoniale”, in assoluta consonanza con i suoi stessi precedenti, viene espressamente ricondotta dal giudice delle leggi, giusta il consapevole

uso dell'avverbio "anche", alla duplice, diversa dimensione del danno morale e del danno alla salute, sul piano funzionale la liquidazione del danno conseguente alla lesione viene poi circoscritta (si badi, per il "solo, specifico e limitato caso delle micro permanenti conseguenti alla circolazione stradale") entro i limiti di un generalizzato aumento del 20% rispetto ai valori tabellari. Ogni incertezza sul tema del danno alla persona risulta, comunque, si ripete, definitivamente fugata ad opera dello stesso legislatore, con la riforma degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni.

L'art. 138 (la cui rubrica è stata correttamente e coerentemente trasformata da quella di danno biologico in quella, onnicomprensiva, di danno non patrimoniale), al comma 2, lett. e), recita testualmente: "al fine di considerare la componente del danno morale da lesione dell'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione progressiva della liquidazione".

Si legge, ancora, al comma 3 della norma citata: "quando la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati ed oggettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30%".

Il sopravvenuto intervento chiarificatore, da parte del legislatore, della fenomenologia del danno alla persona induce a escludere una rimessione della questione alle Sezioni Unite di questa Corte, posta, cioè, l'esistenza di una chiara volontà normativa affermativa della distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico relazionale (non diversamente da quanto accaduto in campo sanitario, con la modificazione legislativa della responsabilità del medico da contrattuale in aquiliana, nonostante la contrastante ricostruzione in termini di contatto sociale da parte delle stesse Sezioni Unite di questa Corte), sia pur in apparente contrasto con alcune affermazioni contenute nelle citate sentenze delle sezioni unite del 2008.

A tali, necessarie premesse storico-metodologiche consegue, con riguardo alla fattispecie concreta sottoposta all'esame del collegio, che, in particolare nella valutazione del danno alla persona da lesione della salute (art. 32 Cost.), ma non diversamente da quanto avviene in quella di tutti gli altri danni alla persona conseguenti alla lesione di un valore o interesse costituzionalmente protetto, il giudice dovrà necessariamente valutare tanto le conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale (che si collocano nella dimensione del rapporto del soggetto con sé stesso), quanto quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della sua vita (che si dipanano nell'ambito della

relazione del soggetto con la realtà esterna, con tutto ciò che, in altri termini, costituisce "altro da sé"). La misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può inoltre essere aumentata, nella sua componente dinamico-relazionale, in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale, eccezionali e affatto peculiari: le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo *ridquodplerumqueaccidit*" (ossia quelle che qualunque persona con la medesima invalidità ovvero lesione non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento.

In questo senso, va ribadito che ai fini della c.d. "personalizzazione" del danno forfettariamente individuato (in termini monetari) attraverso i meccanismi tabellari cui la sentenza abbia fatto riferimento (e che devono ritenersi destinati alla riparazione delle conseguenze "ordinarie" inerenti ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente patirebbe), spetta al *OMISSIS* far emergere e valorizzare, dandone espressamente conto in motivazione in coerenza alle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse all'esito del dibattito processuale, specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che valgano a superare le conseguenze "ordinarie" già previste e compensate dalla liquidazione forfettizzata assicurata dalle previsioni tabellari; da queste ultime distinguendosi siccome legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, meritevoli in quanto tali di tradursi in una differente (più ricca e, dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari, rispetto a quanto suole compiersi in assenza di dette peculiarità (Cass., 21/09/2017, n. 21939). In tale quadro ricostruttivo, costituisce quindi duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico - inteso, secondo la stessa definizione legislativa, come danno che esplica incidenza sulla vita quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamico relazionali - e del danno cd. esistenziale, appartenendo tali "categorie" o "voci" di danno alla stessa area protetta dalla norma costituzionale (art. 32 Cost.), mentre una differente ed autonoma valutazione andrà compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute (come oggi normativamente confermato dalla nuova formulazione dell'art. 138 del c.d.a., alla lettera e).

La liquidazione finalisticamente unitaria di tale danno (non diversamente da quella prevista per il pregiudizio patrimoniale, nella sua duplice e distinta accezione di danno emergente e di lucro cessante) avrà pertanto il significato di attribuire al soggetto una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore, quanto sotto quello dell'alterazio-

ne o modificazione peggiorativa della vita di relazione in ogni sua forma e considerata in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche (Cass., 20/04/2016, n. 7766, Cass., 17/01/2018, n. 901, Cass., 27/03/2018, n. 7513).

2.4. Facendo applicazione di tali principi alla fattispecie va rilevato quanto segue:

- a) da una parte, sul piano logico, non vi è una (insana-  
bile) contraddizione tra l'aver ritenuto sussistenti, come già il tribunale, alcune lacune della consulenza medica officiosa in punto di quantificazione dell'invalidità, senza al contempo giungere agli incrementi domandati dalla parte deducente, fermo quanto si sta per dire sub b) e c);
- b) d'altra parte, però, la prima censura coglie nel segno nella parte in cui si sostanzia in una critica all'omessa personalizzazione del danno, risultando fondata, nello specifico, poiché la corte territoriale non ha apprezzato l'eccezionalità delle conseguenze relazionali del danno biologico subito, che, nel particolare caso, come pacificamente accertato dalla consulenza officiosa riportata in ricorso (pag. 41), ha comportato la preclusione di "tutte quelle attività, lavorative e non, che impongono continue sollecitazioni meccaniche della colonna cervicale": si tratta di conseguenze correlate a un'irripetibile "eccezionalità" del profilo dinamico relazionale, prive, come tali, di un puntuale apprezzamento. Dal che la fondatezza del motivo;
- c) la sentenza andrà poi cassata anche quanto all'erronea sovrapposizione tra "personalizzazione" della liquidazione del pregiudizio non patrimoniale e danno "morale" (pag. 8, terz'ultimo capoverso, della pronuncia d'appello), che dovrà essere autonomamente apprezzato e liquidato per le ragioni sopra esplicitate. Dal che la fondatezza del terzo motivo. Con l'ulteriore precisazione che, come anticipato, la "personalizzazione" della liquidazione non concerne, come affermato dalla corte di appello, le oscillazioni tabellari che definiscono il "range" astrattamente individuato per monetizzare le "ordinarie" conseguenze del punto d'invalidità accertato (congegnato in modo da lasciare così al giudicante un margine per il concreto apprezzamento equitativo delle appena menzionate ricadute pregiudizievoli). La "personalizzazione" in parola, si ripete, riguarda le eccezionali conseguenze dannose che, rispetto a quelle (da ritenere) incluse nello "standard" statistico sintetizzato dal punto d'invalidità, permettano e anzi, quando del caso, impongano un incremento rispetto a quel "range".

Il giudice del rinvio procederà dunque, nei suddetti sensi, a un nuovo e compiuto apprezzamento e, quindi, a una nuova e compiuta liquidazione del danno alla persona.

2.5. Il secondo motivo è anch'esso fondato.

Con la censura, al di là della sua formale rubrica-

zione, si deduce l'errore di giudizio in cui si è tradotta un'erronea sussunzione della fattispecie nel regime legale delle presunzioni, rilevanti al fine della liquidazione del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale.

La corte territoriale ha escluso conseguenze, al riguardo, "non essendo riscontabili nella specie macrolesioni o danni fortemente invalidanti".

Quest'affermazione, a fronte di accertate lesioni di non lieve entità (fino al 10%, ex art. 139 c.d.a.) bensì quantificante al 30%, si risolve in un'apodittica negazione di quanto ragionevolmente è riferibile alla normalità di rapporti di convivenza coniugale non revocata in dubbio nelle fasi di merito, in termini di sofferenza morale implicata dalla relazione di vita, sebbene non in termini autonomamente biologici nel senso sopra ricostruito (cfr Cass., 11/07/2017, n. 17058, punto 3).

Laddove la locuzione "ragionevolmente riferibile" sta a significare il minimo comun denominatore delle conoscenze e degli apprezzamenti che, in un dato momento storico, vengono riferiti a quella "relazione di vita".

Va al contempo precisato, con riferimento a quanto dedotto in ricorso (in specie a pag. 68) che ciò che dev'essere apprezzato consiste nella gravità delle ricadute – in questo senso del fatto pregiudizievole (Cass. 13/02/2013, n. 3582) – e non della gravità delle condotte colposamente causali del loro autore, atteso che la responsabilità civile, al di là delle sue ricadute funzionali e di espresse eccezioni legislative, ha una generale struttura risarcitoria e non punitiva.

2.6. Il quarto motivo è inammissibile poiché non si censura idoneamente la affermazione della corte di appello secondo cui sul punto dell'applicazione delle c.d. tabelle romane, in luogo di quelle milanesi, si era formato, per mancata impugnazione, il giudicato interno (pag. 8 della sentenza, di cui il ricorso dà atto a pag. 73). La statuizione non è superabile, come preteso, in ragione di un suo assunto formalismo. Una volta non contestata, cioè, la formazione del giudicato interno, la "ratio decidendi" in parola risulta ostativa, al di là della pur rilevabile mancanza di dimostrazione della produzione, nelle fasi di merito, delle c.d. tabelle milanesi (che avrebbe, in ogni caso, costituito altra ragione d'inammissibilità: Cass., 13/11/2014, n. 24205, Cass., 16/06/2016, n. 12397).

2.7. Il quinto motivo è in parte inammissibile, in parte infondato.

La corte territoriale ha accertato e liquidato il danno da lesione del consenso informato, e la specifica deduzione per cui tale liquidazione dovrebbe essere ritenuta insufficiente perché non avrebbe considerato che la paziente avrebbe rifiutato l'intervento chirurgico ove compiutamente informata (in specie dell'esame elettroencefalografico), s'infrange con la mancata specificazione di aver allegato e provato tale circostanza (os-

sia la scelta di non operarsi), anche presuntivamente, nelle sedi di merito (Cass., 19/07/2018, n. 19199). Per il profilo, invece, inerente alla lesione dell'auto-determinazione e alla preparazione all'impatto delle conseguenze, la censura, per come formulata, si risolve in una richiesta di nuovo apprezzamento, in termini equitativi, delle risultanze istruttorie, inammissibile nel giudizio di legittimità.

2.8. Il sesto motivo è inammissibile.

Il giudice di merito non è tenuto, anche a fronte di una esplicita richiesta di parte, a disporre una nuova consulenza tecnica, atteso che il rinnovo dell'indagine tecnica rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito, sicché non è neppure necessaria un'espressa pronuncia sul punto (Cass., 29/09/2017, n. 22799).

Ciò posto, la censura formulata si traduce nella richiesta di un nuovo apprezzamento istruttorio in questa sede inammissibile.

3. Spese al giudice del rinvio.

P.Q.M.

(*Omissis*)

*Nota a sentenza*

#### sommario

Premessa. – **1.** Inquadramento onnicomprensivo del danno non patrimoniale. – **2.** Il principio della personalizzazione del danno ingiusto: la non sovrapposibilità tra danno morale ed esistenziale. – **3.** Considerazioni conclusive.

#### Premessa

Con la pronuncia sopramenzionata, la Suprema Corte si è espressa sui punti della doglianza, ritenendo legittimo il ricorso, per la liquidazione sia del danno morale che di quello esistenziale della ricorrente, con la possibilità di personalizzare in aumento il ristoro ottenuto, in presenza di conseguenze anomale o eccezionali.

In particolare, nella vicenda in esame, la donna aveva convenuto in giudizio l'Azienda ospedaliera, al fine di ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non, patiti a causa di un intervento chirurgico alla cervicale con conseguente invalidità, cui l'attrice si era sottoposta. Il Giudice di primo grado aveva accolto la domanda, mentre, in riforma della sentenza di primo grado, la Corte territoriale aveva ridotto l'importo a titolo di ristoro, comprendendo il danno morale nel calcolo della liquidazione del danno biologico. Avverso tale sentenza l'attrice ha proposto ricorso per cassazione. Tra i motivi del ricorso, la ricorrente ha censurato la circostanza che il giudice di merito non ha tenuto conto delle conseguenze funzionali e relazionali della lesione, escludendo dal risarcimento sia il

danno estetico che quello morale, ritenendo assorbito quest'ultimo, nella liquidazione personalizzata del danno biologico. La Suprema Corte, nell'esaminare il caso, ha fatto riferimento a varie pronunce della Corte Costituzionale, della Cassazione stessa e della Corte di Giustizia, in cui era stata indicata la differenza tra danno morale e danno dinamico relazionale del danneggiato. Quindi, ha condiviso quanto fissato dal codice delle assicurazioni, riformato nel 2017, nell'art. 138, comma 2: "al fine di considerare la componente del danno morale da lesione dell'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico è incrementata in via percentuale e progressiva per punto"; inoltre, al comma 3 del medesimo articolo, si legge: "quando la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati ed obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30%".

#### 1. L'inquadramento onnicomprensivo del danno non patrimoniale

L'art 2059 del codice civile disciplina la figura controversa del danno non patrimoniale e stabilisce che questo "venga risarcito nei casi previsti dalla legge."

Per danno non patrimoniale si fa riferimento ad ogni conseguenza dannosa non suscettibile di valutazione economica, che sia diretta conseguenza della lesione di un interesse alla persona e tutelato costituzionalmente.

Originariamente si attribuiva la risarcibilità del danno non patrimoniale esclusivamente alle conseguenze del patimento di un danno ingiusto e, dunque, facendolo rientrare nelle ipotesi di responsabilità prevalentemente extra-contrattuale (art. 2043 cc.). Come è giusto sottolineare però, questa disciplina è stata oggetto di numerosi sviluppi che, con la responsabilità da "contatto sociale"<sup>1</sup> coniata dalla giurisprudenza costante della Corte di Cassazione in materia sanitaria, si è vista ampliare i propri confini.

Il danno non patrimoniale è stato convenzionalmente tripartito nelle figure del danno biologico, morale ed esistenziale.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Per contatto sociale si intende il rapporto, privo di base contrattuale, che intercorre tra due soggetti, dei quali uno pone affidamento in un dovere di diligenza gravante in capo al secondo, in virtù delle sue specifiche competenze tecniche e professionali, facendone derivare un rapporto concretamente intervenuto tra i due soggetti che secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, si concretizza in un rapporto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 cc.

<sup>2</sup> con la sent. n. 233 dell'11.7.2003, la Corte Costituzionale ha, in primo luogo, dichiarato superata la tradizionale identificazione tra danno non patrimoniale e danno morale soggettivo, ex art. 2059 c.c. In secondo luogo ha chiaramente affermato che si può prospettare «un'interpretazione costituzionalmente orientata

Mentre il danno biologico è dalla dottrina considerato un danno evento di per se risarcibile in quanto lesione dell'integrità psico-fisica afferente al bene "salute" della persona, permanente o reversibile, da cui derivi però una compromissione delle attività vitali del soggetto, il danno morale ed il danno esistenziale sono considerati invece danni-conseguenza del danno biologico e sono risarcibili, in seguito a una valutazione personalizzata del giudice legata all'accertamento del c.d. *pretium doloris*<sup>3</sup> e/o danno dinamico relazionale patito dal soggetto.

La corte di cassazione con ordinanza n. 26805 del 14/11/2017 si è espressa in tema di unitarietà del risarcimento del danno non patrimoniale, sancendone un'ulteriore e significativa tappa.

Nel caso di specie c'era stata una richiesta di accertamento della responsabilità nella causazione dei danni subiti da un motociclista coinvolto in un sinistro stradale.

La Cassazione, in questo caso, è stata chiamata a pronunciarsi sulla censura mossa dal ricorrente che si doleva del fatto che durante la fase di liquidazione, il giudice del gravame non aveva considerato il danno esistenziale patito dal motociclista.

Nell'accogliere parzialmente la censura, la Suprema Corte ha potuto riconfermare l'unitarietà del danno non patrimoniale inteso come categoria onnicomprensiva e a sua volta sotto-composta dal danno biologico, morale ed esistenziale.

Nell'articolato iter-logico messo in luce dalla Corte, si può notare come la stessa abbia tenuto in considerazione le indicazioni venute alla luce dalle note sentenze "San Martino"<sup>4</sup> laddove si stabilisce che per

---

dell'art. 2059 c.c.), articolo nel cui ambito può essere ricompreso «ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona». Infatti, nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti. Inoltre, l'espressione «casi stabiliti dalla legge» ben può ricomprendere la Costituzione. Cioè, altrimenti detto, l'espressione «...casi stabiliti dalla legge» non è limitata al solo fatto di reato ex art. 185 c.p. ma comprende anche e soprattutto la Costituzione e in particolare le norme poste a tutela della persona, norme che esigono (implicitamente e necessariamente) tutela in caso di loro violazione. In definitiva, al risarcimento del danno patrimoniale da sempre saldamente collocato nel paradigma dell'art. 2043 c.c. si affianca il risarcimento del danno non patrimoniale che ora trova una protezione più ampia nell'art. 2059 c.c.

<sup>3</sup> Si fa riferimento alla interiorizzazione della sofferenza peculiare ed eccezionale, latente in un soggetto a seguito della lesione di un interesse costituzionalmente tutelato.

<sup>4</sup> Corte Cass., sez. un.; si sono espresse sulla risarcibilità del danno morale ex art. 2059 cod. civ. La pronuncia ha ribadito che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (fatto illecito integrante reato) e quello in cui la risarcibilità, pur non essendo prevista da norma di legge ad hoc, deve ammettersi sulla base di una interpretazione

natura unitaria deve intendersi che non c'è alcuna diversità nell'accertamento e nella liquidazione del danno causato dal *vulnus* di un diritto costituzionalmente protetto diverso da quello alla salute.

L'unitarietà della figura importa la sua onnicomprensività volendo sottolineare che il giudice dovrà tenere in considerazione tutte le conseguenze del danno patite dal soggetto con l'unico limite di evitare che ci possano essere duplicazioni risarcitorie attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici che si concretizzano in una *iniustalocupletatio*<sup>5</sup>.

Emerge chiaramente che la Suprema Corte consideri che non vada attribuita alcuna autonomia alle singole voci di danno non patrimoniale, dovendo essere considerate componenti meramente descrittive di un'unica categoria ossia quella del suddetto danno. Sarà dunque il giudice nel momento della liquidazione, a considerare ogni tipo di pregiudizio subito dalla vittima, nella c.d. personalizzazione del danno, considerando nel caso di specie anche gli aspetti dinamico relazionali che si sono modificati in conseguenza del fatto illecito.

La corte continua, affrontando la questione delle lesioni micro-permanenti. Nello specifico non può escludersi che possano esserci conseguenze rilevanti sulla vita relazionale della vittima, poiché, dice la corte "resta ferma la distinzione concettuale tra sofferenza interiore e incidenza sugli aspetti relazionali della vita del soggetto"<sup>6</sup>.

Ogni danno subito nell'interesse di un diritto costituzionalmente protetto, si caratterizza per la sua doppia dimensione di danno morale ed esistenziale in quanto interiorizzazione della sofferenza e danno relazionale.

Per cui la corte conclude che per il danno non patrimoniale si debba tenere in considerazione tanto il danno in sequanto gli aspetti esistenziali della vittima.

## 2. Il principio della personalizzazione del danno ingiusto: la non sovrapposibilità tra danno morale ed esistenziale

Con la sent. n. 2788 del 2019, la suprema corte si esprime nuovamente in tema di personalizzazione del danno non patrimoniale asserendo che:La "personaliz-

---

costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla legge. Nella medesima sentenza è stato aggiunto che il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed onnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sotto categorie. Pertanto il c.d. danno esistenziale, inteso quale "il pregiudizio alle attività non remunerative della persona" causato dal fatto illecito lesivo di un diritto costituzionalmente garantito, costituisce solo un ordinario danno non patrimoniale, che non può essere liquidato separatamente solo perché diversamente denominato.

<sup>5</sup> Ingiusto arricchimento creato mediante spostamenti patrimoniali ingiustificati in danno di qualcuno.

<sup>6</sup> Corte Cass., sez. un., 2019 n. 2788.

zazione”<sup>7</sup> della liquidazione non concerne le oscillazioni tabellari che definiscono il “range” astrattamente individuato per monetizzare le “ordinarie” conseguenze del punto d’invalidità accertato; la “personalizzazione” riguarda, invece, le eccezionali conseguenze dannose che, rispetto a quelle incluse nello “standard” statistico sintetizzato dal punto d’invalidità, permettano e anzi, quando del caso, impongano un incremento rispetto a quel range”.

Questo vuol dire che è necessario porre in essere una differente ed autonoma valutazione che dovrà essere compiuta dal giudice in riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute. Sulla scorta di tali premesse, la Cassazione ha rilevato che, nella valutazione del danno alla persona da lesione della salute (art 32 Cost.), la liquidazione unitaria di tale danno dovrà attribuire al soggetto un risarcimento comprensivo del pregiudizio complessivamente patito sia l’aspetto della sofferenza interiore, quanto sotto quello dell’alterazione o modificazione peggiorativa della vita di relazione. Pertanto, il giudicante dovrà tener conto delle conseguenze subite dal danneggiato sia nella sfera morale di quest’ultimo, che quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della vita dello stesso. Ciò non determina una duplicazione risarcitoria, atteso che, la sofferenza interiore patita dal danneggiato a causa della lesione del suo diritto alla salute, deve essere valutata in modo distinto ed autonomo. Bisogna inoltre aggiungere che la misura standard del risarcimento potrà essere aumentata in presenza di “conseguenze del tutto anomale, eccezionali e affatto peculiari che abbiano inciso sulla componente dinamico-relazionale del soggetto leso”

La Suprema Corte ha infatti precisato che i meccanismi tabellari hanno rappresentano la personalizzazione del danno volta a risarcire pregiudizi “normali” che qualunque danneggiato da lesioni simili patirebbe, toccherà al giudice esaminare e spiegare nella motivazione della sentenza, alla luce delle risultanze probatorie, l’esistenza di precise circostanze fattuali che giustificano il verificarsi di conseguenze eccezionali rispetto a quelle ordinarie, già previste e fissate dalla liquidazione standard prevista dalla tabella per il danno specifico.

<sup>7</sup> Già con le Corte Cass., sez. un., 2672/2008 si è iniziato a parlare di personalizzazione del danno, nel caso di liquidazione del danno per lesione del diritto alla salute, la quale deve tener conto della maggiore approssimazione possibile all’integrale risarcimento.

Ed ancora con la 12408/2011 a Corte di Cassazione sosteneva l’incongruità delle motivazioni basate solo ed esclusivamente sulle liquidazioni tabellari del danno biologico poiché dette tabelle non considerano tutte le componenti del danno biologico.

A conclusione dell’exkursus giurisprudenziale la Corte di Cassazione con la sentenza 5248/2014, ribadisce che il risarcimento alla persona deve essere integrale, essendo compito del giudice accertare l’effettiva consistenza del pregiudizio.

La corte ha infatti ritenuto fondato il ricorso, in merito alla prima censura, laddove viene denunciata l’omessa personalizzazione del danno, non avendo la il giudice del gravame tenuto conto dell’eccezionalità delle conseguenze relazionali del danno biologico subito dalla ricorrente. Tale danno infatti, come anche posto in evidenza dalla ricorrente e rilevato dalla consulenza allegata nel ricorso, ha determinato la preclusione di “tutte quelle attività lavorative e non, che comportano continue sollecitazioni meccaniche della colonna cervicale”

Tutte queste conseguenze non sono state valutate dai giudici di merito che hanno erroneamente sovrapposto la personalizzazione della liquidazione del pregiudizio non patrimoniale e danno morale che invece deve essere valutato autonomamente.

In conclusione si può asserire al fatto che nonostante la liquidazione debba avvenire sotto l’unica voce del danno non patrimoniale, è necessario che i giudici di merito nell’atto della liquidazione tengano in considerazione i diversi danni subiti: dal biologico in sé a quelli relativi gli aspetti interiori e relazionali patiti dalla vittima e da considerarsi differenti tra loro.

### 3. Considerazioni conclusive

Con la 2788 del 2019 la Suprema Corte ha precisato che il giudice dovrà necessariamente valutare tanto le conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale (che si collocano nella dimensione del rapporto del soggetto con se stesso), quanto quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della sua vita (che si dipanano nell’ambito della relazione del soggetto con la realtà esterna, con tutto ciò che, in altri termini, costituisce “altro da sé”<sup>8</sup>. In modo particolare la natura unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>9</sup> dev’essere interpretata, sul piano delle categorie giuridiche (anche se non sotto quello fenomenologico) rispettivamente nel senso:

- a) di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione economica;
- b) di onnicomprensività intesa come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative “in peius” della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall’evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, a seguito di compiuta istruttoria, a un accertamento concreto e non astratto del danno, a tal fine dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.

Nel procedere all’accertamento ed alla quantifica-

<sup>8</sup> Corte Cass., sez. un., 2788/2019.

<sup>9</sup> Corte cost. n. 233 del 2003, Cass., sez. un., 11.11.2008, n. 26972.

zione del danno risarcibile, il giudice di merito deve dunque tenere conto sia dell'insegnamento della Corte Costituzionale<sup>10</sup> sia il recente intervento sugli art. 138 e 139 c.d.a. con cui vi è la sostituzione della rubrica "Danno non patrimoniale" con la precedente "Danno biologico" e il cui contenuto distingue l'aspetto interiore del danno sofferto c.d. *pretium doloris* (danno morale) da quello dinamico relazionale destinato ad incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni esterne del soggetto.

---

<sup>10</sup> n. 235 del 2014.

a cura di  
Mario de Bellis  
Avvocato

## Rassegna di legittimità

### Causa della risoluzione del rapporto di lavoro – licenziamento orale o dimissioni del lavoratore – distribuzione dell'onere probatorio tra lavoratore e datore di lavoro – conseguenze.

*Il lavoratore che impugni il licenziamento allegandone l'intimazione senza l'osservanza della forma scritta ha l'onere di provare che la risoluzione del rapporto è ascrivibile alla volontà datoriale, seppure manifestata con comportamenti concludenti, non essendo sufficiente la prova della mera cessazione della prestazione lavorativa; nell'ipotesi in cui il datore eccipisca le dimissioni del lavoratore e all'esito dell'istruttoria – da condurre anche tramite i poteri officiosi ex art. 421 c.p.c. – perduri l'incertezza probatoria, la domanda del lavoratore andrà respinta in applicazione della regola residuale ex art. 2697 c.c.*

Cass., sez. lav, 08.02.2019, n. 3822 - Pres. Di Cerbo, Est. Amendola

### Dichiarazione di fallimento – interruzione automatica dei giudizi in corso – riassunzione – termine a quo.

*La Prima Sezione civile della Suprema Corte ha enunciato, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., il seguente principio di diritto: “in caso di interruzione automatica del processo determinata dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti, il termine per la riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c. decorre dalla dichiarazione o notificazione dell'evento interruttivo secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c., ovvero, se anteriore, dalla conoscenza legale di detto evento procurata dal curatore del fallimento alle parti interessate”.*

Cass., sez. I, 30.01.2019, Ordinanza n. 2658 - Pres. Schirò, Est. Di Marzio

### Elezioni dei consigli degli ordini forensi – art. 3 comma 3, Legge n. 113 del 2017 – ineleggibilità degli avvocati che abbiano già espletato due mandati consecutivi – mandati in parte espletati prima del 21 luglio 2017 – rilevanza.

*In tema di elezioni dei Consigli degli ordini circondariali forensi, la disposizione dell'art. 3, comma 3, secondo periodo, della Legge n. 113 del 2017, in base alla quale i consiglieri non possono essere eletti per più di due mandati consecutivi, si intende riferita anche ai mandati espletati solo in parte prima della sua entrata in vigore, con la conseguenza che, a far data dall'entrata in vigore di detta legge (21 luglio 2017) e fin dalla sua prima applicazione in forza del comma 3 del suo art. 17, non sono eleggibili gli avvocati che abbiano già espletato due mandati consecutivi (esclusi quelli di durata inferiore al biennio ex art 3, comma 4, della legge citata) di componente dei Consigli dell'ordine, pure se anche solo in parte sotto il regime anteriore alla riforme di cui alle leggi n. 247 del 2012 e n. 113 del 2017.*

Cass., sez. un., 19.12.2018, n. 32781 - Pres. Mammone, Est. De Stefano

### Lavoro subordinato – licenziamento individuale – risarcimento del danno – indennità sostitutiva delle ferie non godute – questione di pregiudizialità ex art. 267 TFUE.

*La Sezione Lavoro della Suprema Corte ha sollevato questione pregiudiziale diretta ad accertare se l'art. 7 par. 2 della Direttiva n. 88 del 2003 e l'art. 31 p. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni o prassi nazionali in base alle quali, cessato il rapporto di lavoro, non sia dovuto il diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva delle ferie e permessi per festività soppresse, maturate e non godute, per fatto imputabile al datore di lavoro, con riguardo al periodo intercorrente tra il licenziamento dichiarato illegittimo e la successiva reintegra.*

Cass., sez. lav, 10.01.2019, n. 451 - Pres. Bronzini, Est. Cinque

**Locazione immobiliare ad uso abitativo – omessa registrazione del contratto – conseguenze – nullità – tardiva registrazione – sanatoria con efficacia retroattiva – configurabilità – registrazione parziale – conseguenze.**

*Il contratto di locazione di immobili ad uso abitativo, ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, della Legge n. 311 del 2004, ma, in caso di tardiva registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza "ex tunc", sia pure limitatamente al periodo di durata del rapporto indicato nel contratto successivamente registrato.*

Cass., sez. III, 20.12.2018, Ordinanza n. 32934 - Pres. Vivaldi, Est. Scrima

**Sanzione ex art. 187 bis T.U.F. – natura formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale – sussistenza – fondamento – sopravvenienza D.Lgs. n. 107 del 2018 – incidenza – esclusione – fondamento.**

*La sanzione di cui all'art. 187 bis T.U.F., pur formalmente amministrativa, va considerata sostanzialmente penale, sia alla stregua della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che del diritto euro unitario, anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs.n. 107 del 2018, che ha mitigato il relativo trattamento sanzionatorio, atteso che il massimo editale "ordinario" è rimasto severo, che è possibile aumentare la sanzione che risulti inadeguata, benché applicata nella misura massima, e che sono previste, altresì, la confisca e le sanzioni accessorie della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità e della incapacità temporanea ad assumere incarichi direttivi.*

Cass., Sez. II, 06.12.2018, n. 31632 - Pres. Petitti, Est. Cosentino

**Sezione specializzata in materia d'impresa e sezione ordinaria – regolamento di competenza – ammissibilità – rimessione alle Sezioni Unite.**

*La Prima Sezione civile della Suprema Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ai fini della risoluzione della questione, oggetto di contrasto, se il rapporto tra le sezioni ordinarie e la sezione specializzata per l'impresa del medesimo ufficio giudiziario si configuri come una questione di competenza in senso tecnico o, invece, di mera ripartizione interna degli affari.*

Cass., sez. I, 30.01.2019, Ordinanza n. 2723 - Pres. De Chiara, Est. Nazzicone

**Sostituzione d'imposta – ritenuta d'acconto – obbligazione solidale del sostituto – contrasto.**

*La Sezione Tributaria della Suprema Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ai fini della composizione di un rilevato contrasto sulla natura solidale dell'obbligazione del sostituto d'imposta nei confronti dell'Amministrazione finanziaria rispetto al dovere del sostituto di effettuare la ritenuta d'acconto.*

Cass., sez.V, 07.12.2018, n. 31742 - Pres. Cristiano, Est. Mondini

a cura di  
Antonio De Simone  
Avvocato  
Walter Giacomo Caturano  
Avvocato

## Rassegna di merito

### CAPITALIZZAZIONE INTERESSI: è consentita se la periodicità è reciproca e risulti da espressa pattuizione scritta

*Nei contratti di conto corrente bancario, ai sensi dell'art. 120 T.U.B., D.Lgs. n. 385 del 1993, come modificato dall'art. 25 del D.Lgs. n. 342/1999 ed in virtù della successiva Delibera C.I.C.R. del 09.02.2000, è ammessa la capitalizzazione degli interessi a condizione che la periodicità della capitalizzazione sia reciproca e che risulti da espressa pattuizione scritta.*

*Ne deriva che le clausole anatocistiche contenute nei contratti di conto corrente implicanti la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi sono affette da nullità – rilevabile anche d'ufficio ex art. 1421 c.c. – solo qualora siano inserite in contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della suddetta Delibera C.I.C.R. (30.06.2000), in quanto in tal caso fondate su un mero uso negoziale inidoneo a derogare al disposto imperativo di cui all'art. 1283 c.c.; mentre devono ritenersi legittime qualora afferiscano a contratti conclusi – come quello in esame – successivamente alla suddetta data, purché rispettose del principio di simmetria e di reciprocità, vale a dire a condizione che prevedano identica periodicità per la capitalizzazione degli interessi passivi e di quelli attivi*

Trib. Crotone, 04.12.2018 – dott. Alfonso Scibona

### CLAUSOLE VESSATORIE: valide se ben individuate all'interno del contratto bancario

*Perché si realizzino gli effetti previsti dall'art. 1341, comma 2 c.c., è sufficiente che le clausole vessatorie, indipendentemente dalla loro collocazione nel modulo, siano ben individuate all'interno del contratto, in modo che l'obbligato sia stato messo in condizione di esaminare il contenuto di ogni singola clausola prima della sua accettazione.*

Trib. Ancona, 16.10.2018 – dott.ssa Roberta Mariotti

### CONDANNA LITE TEMERARIA: si verifica quando una causa viene introdotta su astratte e generiche contestazioni

*L'introduzione di una controversia effettuata sulla base di astratte enunciazioni di principio prive di alcun riferimento anche minimo al caso concreto integra appieno i presupposti della colpa grave ex art. 96 co. 3 c.p.c..*

Trib. Brescia, 31.01.2019 – dott. Luciano Ambrosoli

### ENTE PONTE: carente di legittimazione passiva per i rapporti già conclusi al momento della cessione

*L'ente ponte succede, senza soluzione di continuità, all'ente in risoluzione nei diritti, nelle attività e nelle passività ceduti ai sensi dell'art. 43, comma 4, del D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che prevede una disciplina ad esso sovrapponibile.*

*Gli azionisti, i titolari di altre partecipazioni o i creditori dell'ente sottoposto a risoluzione e gli altri terzi i cui diritti, attività, o passività non sono oggetto di cessione non possono esercitare pretese sui diritti, sulle attività o sulle passività oggetto della cessione e, nelle cessioni disciplinate dalle sottosezioni II e III, nei confronti dei membri degli organi di amministrazione e controllo o dell'alta dirigenza del cessionario.*

*I rapporti contrattuali già conclusi al momento della cessione, non costituendo in quel momento l'azienda bancaria, non sono oggetto di cessione.*

Trib. Ferrara, 21.11.2018 – dott.ssa Marianna Cocca

### ERRATA INDICAZIONE ISC/TAEG: le conseguenze della nullità potenziale

*L'indicazione di un TAEG/ISC inferiore a quello effettivo non comporta l'applicazione del tasso sostitutivo, bensì quella dei prezzi pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni, con il conseguente solo diritto teorico del*

*mutuatario a non pagare o a vedersi rimborsare i costi non computati nel calcolo del TAEG/ISC.*

Trib. Roma, 26.09.2018 – dott. Fausto Basile

### **ESECUZIONE: il tardivo deposito della nota di trascrizione non determina l'inefficacia del pignoramento**

*Il mancato deposito della nota di trascrizione al momento dell'iscrizione a ruolo, non è sanzionato con la inefficacia del pignoramento.*

*La nota di trascrizione può essere depositata anche in un momento successivo e, comunque, non oltre la pronuncia della ordinanza di vendita.*

Trib. Torre Annunziata, 15.01.2019 – dott. Michele Di Martino

### **LITE TEMERARIA: sussiste quando la domanda è palesemente infondata e smentita**

*Va accolta la domanda ai sensi dell'art. 96 comma 1 c.p.c. formulata dalla banca quando le sono palesemente infondate le domande di parte ricorrente, le cui ragioni sono state smentite da parte resistente con la produzione di documenti di cui parte attrice aveva piena cognizione, e di cui avrebbe dovuto avere anche la disponibilità.*

Trib. Parma, 23.11.2018 – dott.ssa Stefana Curadi

### **MANIPOLAZIONE DEL TASSO EURIBOR: il sistema di rilevazione è di tipo oggettivo**

*L'erronea indicazione del TAEG/ISC non comporta la nullità della clausola né ai sensi dell'art. 1346 c.c. né ai sensi dell'art. 117 TUB, esulando la fattispecie concreta dalle ipotesi tassative previste dalle suddette disposizioni normative. L'indicatore sintetico di costo non è infatti un ulteriore tasso o costo dell'operazione, ma rappresenta un dato sintetico che riassume i costi pattuiti. L'erronea indicazione di tale dato non incide sulla validità della pattuizione dei singoli costi che lo compongono ove naturalmente tali costi siano stati validamente convenuti.*

*Il sistema di rilevazione dell'Euribor è di tipo oggettivo, in quanto fa riferimento ad un insieme di quotazioni effettuate da alcuni istituti e pubblicate a livello centrale, pertanto, ove fossero intervenute intese illecite tra le banche coinvolte nelle quotazioni, è onere dell'attore dimostrare l'esistenza di un collegamento funzionale tra le presunte intese restrittive della concorrenza a monte ed il contratto concluso a valle con l'istituto di credito convenuto, vincolato all'intesa stessa.*

Trib. Piacenza, 13.12.2018 – dott.ssa Evelina Iaquinti

### **MUTUO CON DEPOSITO CAUZIONALE: per il perfezionamento non occorre la materiale traditio del denaro**

*Ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, non occorre la materiale traditio del denaro al mutuatario, essendo sufficiente il conseguimento della disponibilità giuridica.*

*La costituzione presso la Banca di un deposito cauzionale infruttifero, intestato alla parte mutuataria e destinato ad essere svincolato all'esito dell'adempimento degli obblighi e alla realizzazione delle condizioni, contrattuali, è da considerarsi come effettiva erogazione della somma da parte del mutuante, tenuto conto che la costituzione del deposito realizza quella piena disponibilità giuridica considerabile come equivalente della traditio materiale della somma.*

*Al creditore è consentito di promuovere una o più esecuzioni fondate sul medesimo titolo esecutivo ai fini della soddisfazione della pretesa creditoria.*

*Il pignoramento può essere "ridotto" quando con uno stesso mezzo di espropriazione siano stati vincolati beni che si ritiene abbiano un valore sproporzionato rispetto alla misura dei crediti da soddisfare; nel caso di cumulo delle procedure esecutive, l'unico strumento teso ad evitare l'abuso è costituito dal provvedimento di limitazione dei mezzi di espropriazione previsto ai sensi dell'art. 483 c.p.c..*

Trib. Roma, 16.01.2019 – dott.ssa Cristina Liverani

### **PENALE DI ESTINZIONE ANTICIPATA USURA: non va cumulata agli interessi corrispettivi**

*Sostenere che il tasso soglia ex L. 108/96 sarebbe superato per effetto dell'inclusione nel TAEG dell'incidenza percentuale della penale per l'estinzione anticipata del mutuo (peraltro del tutto ipotetica) finirebbe per postulare una sorta di "tasso sommatoria" fra voci affatto eterogenee per natura e funzione, quali gli interessi corrispettivi e la penale.*

*Non deve sfuggire che mentre gli interessi attengono alla fase "fisiologica" del finanziamento in quanto, come noto, remunerano la Banca del prestito richiesto dal mutuatario ed hanno un'applicazione certa e predefinita, legata all'erogazione del credito, costituendo il "costo del danaro" per il mutuatario, la penale per estinzione anticipata del mutuo, di contro, costituisce un elemento accidentale del negozio avendo natura eventuale ed essendo funzionale ad indennizzare il mutuante dei costi collegati al rimborso anticipato del credito (rectius del mancato guadagno).*

*Ipotizzare una sommatoria di questi due addendi pare essere ancor più paradossale della classica sommatoria degli interessi corrispettivi e moratori.*

Trib. Bologna, 20.09.2018 – dott.ssa Anna Maria Drudi

**RECESSO CONTO CORRENTE SENZA GIUSTA CAUSA: legittimo se previsto contrattualmente**

*Il recesso da parte dell'istituto di credito banca è legittimo quando è espressione di una facoltà negoziale non subordinata ad alcuna condizione né, in particolare, alla presenza di una causa giustificativa, da valutarsi, in ipotesi, secondo buona fede.*

Trib. Castrovillari, 23.10.2018 – dott. Guglielmo Manera

**RIPETIZIONE INDEBITO: spetta al cliente la prova dell'apertura del credito**

*In presenza delle specifiche contestazioni della banca in ordine a tutte le questioni sollevate dal correntista, questi ha l'onere di provare i suoi assunti e quindi i pagamenti indebiti e la mancanza delle specifiche cause debendi, ossia le nullità negoziali addotte. È notorio infatti che in tema di azione di ripetizione dell'indebito l'onere di provare l'uno e l'altro fatto costitutivo della domanda cada sull'attore.*

*Poiché la decorrenza della prescrizione dalla data dei pagamenti asseriti come non dovuti è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei medesimi, essa sussiste sempre in mancanza di una persistente apertura di credito e che in casi di tal fatta, eccetto dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dai pagamenti, spetta al cliente, che ne ha l'onere, provare l'esistenza dell'apertura di credito che qualifichi quei pagamenti come mero ripristino della disponibilità in essere.*

Trib. Avellino, 22.11.2018 – dott. Raffaele Califano

**VERSAMENTO IN PLICHI SIGILLATI: in caso di ammanco è responsabile la società portavalori**

*La responsabilità dei valori contenuti nei sacchi autosigillanti è a carico dell'Istituto dal ricevimento da parte del Cliente fino alla materiale consegna alla Banca; nell'eventualità di furto, rapina e/o misteriosa ed inspiegabile sparizione, ai fini della quantificazione del danno, farà fede la documentazione contabile amministrativa del Cliente*

Trib. Nocera Inferiore, 10.09.2018 – dott. Antonello Amodeo

**USURA: non rilevano gli interessi moratori ultra soglia se il mutuo è in regolare ammortamento**

*In caso di regolare ammortamento del mutuo non rilevano gli interessi moratori ultra soglia.*

*Se la perizia di parte è basata su un criterio di calcolo errato (ossia quello del cumulo di interessi corrispettivi ed i moratori, e detto criterio viene trasfuso nell'atto introduttivo del giudizio, costituisce elemento ostativo alla ammissione di CTU contabile, in quanto la consulenza di parte, siccome errata nel ragionamento adottato, non comporta il venir meno dell'onere probatorio che incombe su parte attrice, pertanto, la CTU contabile, se ammessa, ha valenza meramente esplorativa.*

*Il controllo sulla usurarietà del tasso di interesse pattuito deve essere effettuato singolarmente per ciascuna categoria di interessi, dal momento che, nel caso di inadempimento del debitore e conseguente decorrenza degli interessi moratori, questi si sostituiscono e non si aggiungono agli interessi corrispettivi.*

Trib. Velletri, 03.12.2018 – dott.ssa Amelia Pellettieri

**USURA: la mancata produzione dei decreti ministeriali impedisce la valutazione nel merito**

*La parte attrice che non provvede al tempestivo deposito dei decreti ministeriali sulla base dei quali effettuare la valutazione dell'eventuale superamento del tasso soglia, impedisce al giudicante di accertare (mediante consulenza tecnica contabile) la fondatezza o meno dell'eccezione di usurarietà.*

*I decreti ministeriali con i quali trimestralmente viene stabilito il tasso medio ai fini del calcolo del tasso soglia oltre il quale l'interesse assume natura usuraria sono atti amministrativi a cui è impossibile applicare il principio "iura novit curia" di cui all'articolo 113 del codice di procedura civile.*

Trib. Mantova, 08.01.2018 – dott.ssa Francesca Arrigoni



## Diritto e procedura penale

IL <i>NE BIS IN IDEM</i> NEGLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE. PRIMISSIME NOTE IN CALCE ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 45829 DEL 10 OTTOBRE 2018, DOPO IL PRONUNCIAMENTO DELLA CORTE EUROPEA SUL <i>BIS IN IDEM</i> PUNITIVO .....	74
di Sergio Ricchitelli	
DETTENZIONE DI DROGHE DIVERSE ED UNITARIETÀ DEL FATTO DI LIEVE ENTITÀ. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 27 settembre 2018, n. 51063</i> .....	77
di Federico Noschese	
LEGGE N. 242/2016 E DIFFICOLTÀ APPLICATIVE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione sesta, 27 novembre 2018, n. 56737</i> .....	98
di Sara Bellotti	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI .....	108
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	113
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO .....	116
a cura di Giuseppina Marotta	

## Il *ne bis in idem* negli orientamenti della giurisprudenza nazionale. Primi note in calce alla sentenza della Corte di Cassazione n. 45829 del 10 ottobre 2018, dopo il pronunciamento della Corte Europea sul *bis in idem* punitivo

### abstract

*The following notes are the account of a first reflection on the Italian judicial response after the EU court had inhibited the so-called double punitive track.*

### keywords

*Ne bis in idem European – Ne bis in idem national – Absolute European ban – National proportionality.*

### abstract

*Le note che seguono sono il resoconto di una prima riflessione sulla risposta giudiziaria italiana dopo che la corte UE aveva inibito il cosiddetto doppio binario punitivo.*

### parole chiave

*Ne bis in idem Europeo – Ne bis in idem nazionale – Assoluto Divieto europeo – Proporzionalità nazionale.*

### sommario

Notazioni introduttive. – **1.** La situazione costituzionale italiana e il dibattito dottrinario sul tema. Brevissime riflessioni. – **2.** La decisione della Corte di Cassazione del 10 ottobre 2018. Profili contenutistici. – **3.** Note conclusive.

### Notazioni introduttive

Tanto è tuonato che ... non è piovuto!

Come avevamo avuto modo di anticipare, in forme argomentative giuridiche chiare e precise, nel primissimo commento che consta esserci stato alla celeberrima sentenza Garlsson del 20 marzo 2018 della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di *ne bis in idem* comunitario<sup>1</sup>, il sistema giurisdizionale italiano ai più alti livelli, quali quelli rappresentati dal supremo consesso nomofilattico della Corte di Cassazione, non ha recepito appieno le indicazioni offerte dalla Corte di giustizia di Bruxelles opponendo una

rilettura territoriale e “nazionalistica” del principio di proporzionalità<sup>2</sup>.

Lo stato della questione normativa è sufficientemente noto. Da un lato le “storiche” norme in materia di *bis in idem* contemplate dalla legislazione penale sostanziale<sup>3</sup> e diritto penale processuale<sup>4</sup>; dall'altro il corredo dei principi sottesi al neo novellato libro undicesimo del codice di procedura penale in tema di rapporti giurisdizionali con autorità straniere<sup>5</sup>.

A fronte di tale contesto normativo di riferimento interno vanno altresì menzionate le disposizioni legislative sparse nel sistema che rinvergono la oro stabilità attuativa nella norma costituzionale d'interposizione paradigmatica di cui all'art. 117 Cost.<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Sul principio di proporzionalità in genere vedi, per tutti, GIOVANNI CONSO, VITTORIO GREVI, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1989.

<sup>3</sup> C.p. art. 11. Rinnovamento del giudizio. - Nel caso indicato nell'art. 6, il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero. Nei casi indicati negli articoli 7, 8, 9 e 10, il cittadino o lo straniero, che sia stato giudicato all'estero, è giudicato nuovamente nello Stato, qualora il ministro della giustizia ne faccia richiesta

<sup>4</sup> C.p.p. art. 649. Divieto di un secondo giudizio. - 1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. 2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.

<sup>5</sup> Ci si intende riferire al Decreto Legislativo n. 149/2017, recante «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere», pubblicato nella Gazz. Uff. 16 ottobre 2017, n. 242

<sup>6</sup> Cost. art.117. La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio

<sup>1</sup> Ci si riferisce al nostro articolo dal titolo *Il ne bis in idem europeo. - Note in margine al comunicato stampa della Corte di giustizia dell'Unione europea del 20 marzo 2018* pubblicato su *Gazzetta Forense* n. 3/2018 bimestre maggio/giugno.

## 1. La situazione costituzionale italiana e il dibattito dottrinario sul tema. Brevissime riflessioni

Volendo ampliare lo sguardo d'orizzonte sulla te-

e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e proflassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.

matica inerente al sistema di repressione statale in senso lato quale preveduto dal nostro sistema ordinamentale ed in particolare dalle radici costituzionali di esso non può sottacersi la lettura concettuale dell'art. 25 della Costituzione repubblicana del 1948 effettuata da autorevolissima dottrina penalistica<sup>7</sup>.

In buona sostanza, e volendo qui solo tirare le fila di quello che è stato un lungo e travagliato dibattito anche in seno all'assemblea costituente, la tematica repressivo-sanzionatoria nel nostro sistema costituzionale si incentrava sull'unità o sulla pluralità delle categorie sanzionatorie previste dal nostro contesto ordinamentale. Essa si è sviluppata sostanzialmente intorno all'art. 25 della Costituzione<sup>8</sup>, ritenendo che lo stesso si potesse riferire ad una più generale categoria di fatti illeciti meritevoli di punizione statale di talché la locuzione diritto penale poteva indifferentemente essere intesa quale sinonimica della locuzione omologa nell'accezione corrente di diritto punitivo<sup>9</sup>.

La tesi or ora riassunta parrebbe, ad avviso di chi scrive<sup>10</sup>, vieppiù confermata da quanto accaduto nel nostro paese agli inizi, meglio ai primordi, degli anni ottanta allorché a seguito dell'entrata in vigore della legge 24 novembre 1981, n. 689, si è costituito a livello sistemico un *corpus* organico di norme occupantesi del cosiddetto illecito amministrativo depenalizzato<sup>11</sup>.

L'area tematica del diritto punitivo quale collettore di genere di qualsiasi conseguenza giuridica afflittiva inflitta ad un soggetto violatore delle disposizioni poste dall'ordinamento giuridico sia in sede penale che amministrativo sanzionatoria avrebbe potuto orienta-

<sup>7</sup> Il riferimento è ovviamente a PIETRO NUVOLONE, *Sistema di diritto penale italiano*, edito presso varie case editrici ed in ultima edizione presso UTET di Torino, s.d. A Pietro Nuvolone e alla sua autorevolezza dogmatico-ricostruttiva si deve la tesi di cui diciamo subito nel testo e che avrebbe funto da elaborazione tecnico-concettuale dirimente per la questione del *ne bis in idem* di cui è parola nel presente scritto.

<sup>8</sup> Cost. art. 25. Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

<sup>9</sup> Sul concetto di diritto punitivo quale *genus* di cui il diritto penale costituisce la *species* insiste in tutto il suo «Sistema» Pietro Nuvolone; la tesi dell'illustre studioso è a tutt'oggi ripresa nella pressoché totale manualistica italiana sulla quale, vedi per tutti, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale, in sede introduttiva con ampi richiami*, CEDAM, Padova, 2002.

<sup>10</sup> Si tratta di un percorso argomentativo di tipo linguistico concettuale che lo scrivente ha iniziato a sviluppare agli albori della propria attività scientifica. Vedi per tutti *Spunti per uno studio sul linguaggio giuridico nell'ambito del contrasto alla criminalità economica. Paradigmi ed esemplificazioni pratiche*, da Scritti Giuridici, Ed. La Nuova Mezzina Molsetta, 2014.

<sup>11</sup> Emblematiche al riguardo le disposizioni generali del testo legislativo n. 689/81 citato nel testo col loro portato di uniformità assimilabile pressoché integralmente agli omologhi principi generali riportati dal Sistema Penale.

re diversamente la nomoflachia della suprema Corte di Cassazione onde dedurne principi e criteri di uniformità giurisprudenziale ben diversi da quelli cui era approdata col pronunciamento che in queste note si rassegna.

## 2. La decisione della Corte di Cassazione del 10 ottobre 2018. Profili contenutistici

Ad avviso dei supremi giudici di legittimità, per come emerge dall'anticipata rassegna della settimana nelle corti del venerdì<sup>12</sup> per i giudici di piazza Cavour anche dopo il pronunciamento della Corte UE è salvo il cosiddetto doppio binario punitivo.

In buona sostanza ed estrema sintesi il *decisum* dei giudici di legittimità sedenti in Roma in materia sanzionatoria non è violato il principio del *ne bis in idem* nell'azione di repressione delle condotte di abuso di mercato<sup>13</sup> quando le sanzioni penali ed amministrative complessivamente inflitte rispettano il principio di proporzionalità. Spetta quindi – argomenta la V sezione penale della Corte di Cassazione – al giudice nazionale il compito di verificare la proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate con riguardo a tutte le circostanze della fattispecie concreta oggetto del giudizio.

Quanto così lapidariamente affermato dalla Corte di Cassazione in V sezione penale con la sentenza nr.45829 del 10 ottobre 2018, sentenza assai importante e molto attesa dopo il pronunciamento di Bruxelles, smentisce la sentenza Garlsson della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 20 marzo 2018<sup>14</sup>. La corte nell'indicato pronunciamento ha respinto il ricorso di tre imputati condannati ex art.185 TUF (Testo Unico Finanziario)<sup>15</sup> per una serie di condotte per le quali vi era stata anche l'inflizione di una pesante sanzione pecuniaria da parte della Consob.

Per i giudici di legittimità, in buona sostanza, nel caso di specie è stato rispettato il principio di proporzionalità in quanto oltre alle misure amministrative, comunque ritenute abbondantemente al di sotto dei massimi possibili, le sanzioni penali si sono attestate sul minimo editale previsto.

A ben vedere i giudici di cassazione bypassando i canoni criterio logici dell'adeguatezza e della congruenza si sono attestati sull'esclusivo canone della proporzionalità inferendone ragioni giustificatrici

viaggianti in rotta di collisione col pronunciamento dei colleghi di Bruxelles.

## 3. Note conclusive

Quanto si è venuto dicendo nel corso delle note che precedono lascia intravedere sullo sfondo una non secondaria questione di dogmatica giuridica attagliante il sistema penalistico italiano vigente ci si vuol riferire a quelle categorizzazioni concettuali che vanno sotto l'epigrafe di situazioni giuridiche soggettive intese quali posizioni ideali del soggetto giuridicamente rilevanti.

Esse sono vevoli alla stregua di qualsiasi ramo dell'ordinamento giuridico<sup>16</sup>.

Le situazioni giuridico soggettive in quanto tali sono per loro natura dicotomiche. Da un lato attive e sono caratterizzate da una posizione di preminenza; dall'altro passive e sono caratterizzate da una posizione di subordinazione. In ambedue i piani ambulatoriali l'attività o la passività possono essere agevolmente denominate come preminenza la prima e come subordinazione la seconda. Al concetto terminologico di situazione giuridico soggettiva si ricollega il termine fattispecie<sup>17</sup> con la quale locuzione si indica un fatto astratto previsto dalla norma giuridica al quale l'ordinamento ricollega determinati effetti giuridici<sup>18</sup>.

Orbene tale categorizzazione concettuale, dagli anticipati risvolti dogmatici ha una valenza pratico operativa considerevolissima per il discorso che andiamo facendo.

Se ed in quanto si fossero applicate e per il futuro si applicassero le indicate coordinate concettuali in materia di posizioni ideali del soggetto giuridicamente rilevanti il principio di proporzionalità evocato dal supremo collegio, validissimo per innumerevoli ambiti del sistema giuridico italiano ed europeo, non avrebbe avuto e non avrebbe in futuro la forza di conculcare il criterio dell'immagine del fatto quale fattispecie nozionalmente acclarata scolpita in un sistema unitario che si riveli più adeguato alle istanze di uniformità dell'ordinamento generale con particolare riguardo all'osservanza dei criteri elaborati dalla giurisprudenza di Bruxelles<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Rassegna aggiornata al venerdì 27 ottobre 2018 ed illustrata sul quotidiano Del Diritto con puntualità da Giovanni Negri.

<sup>13</sup> È il cosiddetto Market Abuse fattispecie di generalizzata punibilità ad ogni latitudine giudiziaria.

<sup>14</sup> Ciò che, come rammentato nella nota di abbrivio al presente scritto avevamo largamente inferito alla luce delle coordinate del diritto internazionale penale e perciò anche europeo cui i nostri studi degli ultimi anni avevano atteso: vedi per tutti, e ci sia consentito il richiamo autobiografico, SERGIO RICCHITELLI, *Fondamenti di diritto internazionale penale (DIPE). Definizioni, oggetto, partizione della materia*, Ed. La Nuova Mezzina Molsetta, 2016

<sup>15</sup> Riportare l'art. 185 del TUF.

<sup>16</sup> Sull'unità del quale a fini dogmatico ricostruttivi vedi per tutti il tema dell'antigiuridicità affrontato in GIOVANNI FIANDACA - ENZO MUSCO in *Diritto Penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2015.

<sup>17</sup> Dal latino *facti species*: immagine del fatto.

<sup>18</sup> La fattispecie – nei termini indicati nel testo – può anche essere intesa come fattispecie concreta, cioè come il fatto reale al quale si applica la norma giuridica.

<sup>19</sup> Sulle situazioni giuridiche soggettive in generale non può prescindere dalle ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica di Angelo Falzea da ultimo raccolte negli scritti editi presso Giuffrè Milano, 2010.

Federico Noschese

Magistrato Ordinario presso il Tribunale di Nocera Inferiore

## Detenzione di droghe diverse ed unitarietà del fatto di lieve entità.

*Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 27 settembre 2018, n. 51063*

### abstract

*In sentence no. 51063 of 9 November 2018, the Joint Sessions of the Supreme Court of Cassation solved a judicial contrast regarding whether drugs not included in the catalogue referred by the criminal offence stated by art. 73, section 5, d.P.R. no. 309/90 could integrate the same offence.*

*In this regard, the Supreme Court underlines that “different drugs” do not automatically exclude the evaluation about the minor degree of the offence harm.*

*Furthermore, Judges analyse any possible relationship between different drug offences, particularly the one between “hard and soft drugs”, reintroduced with the sentence no. 32/2014 of the Constitutional Court.*

### keywords

*Drug possession related to different drug types – Article 73, section 5, d.P.R. no. 309/1990 – Minor degree of offence harm – Relationship between different drug offences.*

### abstract

*La Corte di Cassazione, a Sezioni unite, con sentenza del 9 novembre 2018, n. 51063 risolve un contrasto giurisprudenziale inerente la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 nel caso di condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti appartenenti a tabelle diverse.*

*La Suprema Corte evidenzia come la diversità tra le sostanze non è condizione automaticamente ostativa alla valutazione della lieve entità del fatto qualora gli ulteriori indici normativi consentono di apprezzare una minima offensività della condotta.*

*Risolta la questione, i giudici di legittimità analizzano le possibili declinazioni del concorso di reati in materia di stupefacenti, risolvendo i dubbi sorti a seguito della reintroduzione della distinzione tra “droghe pesanti” e “droghe leggere” per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014.*

### parole chiave

*Detenzione di sostanze stupefacenti appartenenti a diverse tabelle – Articolo 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 - Fattispecie di lieve entità – Configurabilità di un unico reato – Concorso formale di reati – Esclusione.*

**La detenzione nel medesimo contesto di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee, qualificabile nel suo complesso come fatto di lieve entità ai sensi del d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 comma 5, integra un unico reato e non una pluralità di reati in concorso tra loro**

*Il d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 comma 5, così come riformulato dal d.l. 20 marzo 2014 (convertito con modificazioni dalla l. 16 maggio 2014, n. 79) prevede un'unica figura di reato, alternativamente integrata dalla consumazione di una delle condotte tipizzate, quale che sia la classificazione tabellare dello stupefacente che ne costituisce l'oggetto.*

*La detenzione nel medesimo contesto di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee, qualificabile nel suo complesso come fatto di lieve entità ai sensi del d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 comma 5, integra un unico reato e non una pluralità di reati in concorso tra loro.*

Corte di Cassazione, sez. un., 27 settembre 2018, dep. 9 novembre 2018, n. 51063

Pres. Carcano, Rel. Pistorelli

(Omissis)

### IN FATTO

1. M.C. ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del 28 marzo 2017 con la quale la Corte d'appello di Napoli ha confermato la sua condanna, pronunciata a seguito di giudizio abbreviato, ad anni quattro di reclusione ed Euro 14.000 di multa per il reato di detenzione continuata, a fine di vendita, di sostanze stupefacenti, commesso il (OMISSIS).

In particolare, l'imputato è stato ritenuto responsabile della detenzione: a) di gr. 316,1 di marijuana,

contenenti gr. 64,1 di principio attivo; b) di gr. 190,6 di hashish, contenenti gr. 25,9 di principio attivo; c) di gr. 9,2803 di cocaina, contenenti gr. 4,38 di principio attivo.

La Corte territoriale ha escluso la minima offensività del fatto e, dunque, la invocata configurabilità dell'ipotesi di lieve entità di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, art. 73, comma 5, in ragione del fatto che lo spaccio delle diverse sostanze avveniva in prossimità di un bar ed era attuato mediante una seppure rudimentale organizzazione.

2. Con l'unico motivo di ricorso vengono dedotti vizi della motivazione della sentenza impugnata in merito alla mancata riqualificazione del fatto ai sensi del citato al d.P.R. 9 ottobre 1990, art. 73, comma 5, comma 5.

Secondo il ricorrente, la Corte territoriale avrebbe fondato il proprio convincimento su approdi giurisprudenziali oramai datati e su di un'analisi superficiale della fattispecie concreta. In particolare, i giudici dell'appello avrebbero ancorato la decisione sul punto esclusivamente al dato inerente alla qualità e quantità dello stupefacente rinvenuto, omettendo una, invece doverosa, valutazione complessiva di tutte le altre circostanze del fatto, in grado di compensare il giudizio negativo astrattamente desumibile da quelle considerate e di rivelare la sua minima offensività. Nondimeno la sentenza impugnata avrebbe valorizzato il fatto che l'attività di spaccio si sarebbe svolta in prossimità di un bar, circostanza invece rimasta priva di dimostrazione.

3. Con ordinanza del 13 marzo 2018 la Terza Sezione ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

Innanzitutto, il provvedimento ricostruisce la vicenda, evidenziando le circostanze del fatto e cioè che l'imputato deteneva le diverse sostanze stupefacenti all'interno della propria autovettura parcheggiata a pochi metri di distanza dal bar ove si trovava al momento del controllo da parte degli operanti ed al cui interno questi ultimi rinvenivano anche materiale normalmente utilizzato per il confezionamento della droga (1.000 pellicole trasparenti a chiusura ermetica, due scatole di punti per cucitrice, una spillatrice, cinque bilancini di precisione perfettamente funzionanti).

Il Collegio rimettente sottolinea che la sentenza di primo grado aveva escluso la configurabilità dell'ipotesi di lieve entità, valorizzando la diversa tipologia e quantità della sostanza stupefacente, la suddivisione della cocaina in 56 dosi sigillate, nonché la disponibilità del citato materiale utile per il loro confezionamento; inoltre, riconoscendo la pluralità dei reati consumati e l'unicità del disegno criminoso, aveva ritenuto più grave quello di detenzione di cocaina.

Sempre l'ordinanza di rimessione evidenzia come il giudice dell'appello, nel condividere le argomentazioni della sentenza appellata in merito all'esclusione

della minima offensività del fatto, abbia valorizzato in particolare le circostanze dello svolgimento dell'attività di spaccio nei pressi di un bar – e dunque in un luogo in cui aumenterebbero le occasioni e le possibilità di cessione di sostanze stupefacenti, vista la frequentazione di avventori – e dell'impiego di una sia pur rudimentale capacità organizzativa.

Viene quindi sostenuta l'erroneità di tale ultimo argomento, richiamando il consolidato orientamento per cui la presenza di una organizzazione di mezzi non è di per sé ostativa al riconoscimento dell'ipotesi della lieve entità, venendo altrimenti meno la stessa configurabilità concreta del reato di cui al d.P.R. n. 309 del 1990 art. 74 comma 6, avente ad oggetto l'associazione costituita al solo fine di commettere fatti che rientrano nella previsione dell'art. 73, comma 5, dello stesso testo normativo.

Ancora, la Terza Sezione evidenzia come, proprio alla luce di tali condivisibili approdi ermeneutici, in presenza di una rudimentale forma organizzativa dell'attività di spaccio, è solo la valutazione congiunta di tale dato della condotta con altri parametri fattuali che può condurre l'interprete ad escludere eventualmente la sussistenza di una ipotesi di lieve entità del fatto. Tali parametri ulteriori vengono individuati, nel caso di specie, nelle modalità della condotta, posta in essere nei pressi di un bar e, dunque, dotata di una maggiore potenzialità diffusiva e nella quantità e diversa qualità delle sostanze stupefacenti delle quali il ricorrente è stato trovato in possesso.

In particolare, proprio analizzando la rilevanza del dato di fatto della diversa qualità delle sostanze stupefacenti ai fini della valutazione sulla configurabilità della fattispecie di lieve entità, il Collegio rimettente rileva la sussistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità. In tal senso osserva come, secondo un primo e più risalente indirizzo, l'ipotesi di cui al d.P.R. n. 309 del 1990 art. 73 comma 5, non è mai configurabile nel caso di detenzione di sostanze di differente tipologia, a prescindere dal dato quantitativo, trattandosi di condotta indicativa della capacità dell'agente di procurarsi sostanze tra loro eterogenee e, per ciò stesso, di rifornire assuntori di stupefacenti di diversa natura, così da recare un danno non tenue al bene della salute pubblica tutelato dalla norma incriminatrice.

II - Un secondo e più recente indirizzo sostiene, invece, che, in caso di detenzione di quantità non rilevanti di sostanza stupefacente, la diversa tipologia della sostanza non può di per sé costituire ragione sufficiente ad escludere l'ipotesi di lieve entità, qualora le peculiarità del caso concreto siano indicative di una complessiva minore portata dell'attività svolta dallo spacciatore.

La Terza Sezione osserva, inoltre, come la peculiarità del caso concreto riveli un ulteriore profilo problematico, invero non preso in considerazione

dagli orientamenti esaminati e conseguente proprio alla contemporanea presenza di stupefacenti di tipo diverso. Infatti, quella di detenzione di una modica quantità di cocaina – che, in assenza del contestuale possesso di ben più rilevanti quantitativi di droga “leggera”, ben sarebbe stato possibile per i giudici rimettenti ricondurre nella fattispecie di lieve entità – è stata ritenuta, nell’ambito della riconosciuta continuazione, la violazione più grave (in quanto punita più gravemente ai sensi del d.P.R. n. 309 del 1990 art. 73 comma 1), assorbendo così il maggior disvalore del fatto, chiaramente legato, invece, alla detenzione delle citate sostanze di tipo diverso, in relazione alle quali sicuramente non sarebbe configurabile la lieve entità del fatto, sia per il dato quantitativo, che per le modalità della condotta (strumenti atti al confezionamento in dosi per la vendita).

A meno che – prosegue l’ordinanza di rimessione – non si voglia ritenere ipotizzabile, quale ulteriore conseguenza dell’adesione al secondo dei due orientamenti in contrasto, la possibilità di un concorso formale tra reati diversi, quello di cui all’art. 73, comma 5, per la detenzione dei quantitativi di cocaina, e quello di cui al comma 4, della medesima norma, per la detenzione dei quantitativi di hashish e marijuana.

Analizzate brevemente le articolate vicende normative e di illegittimità costituzionale che hanno interessato d.P.R. n. 309 del 1990 art. 73 l’ordinanza conclude che l’attuale formulazione del comma 5 del citato articolo non osterebbe, in astratto, ad un’interpretazione secondo cui – ove dovesse ritenersi fondato il secondo indirizzo interpretativo – la detenzione di modiche quantità di sostanze stupefacenti di diversa tipologia legittimerebbe la sussistenza del concorso formale tra più ipotesi lievi (aventi ad oggetto, appunto, differenti sostanze stupefacenti); così come la detenzione di modesti quantitativi di una sola delle diverse tipologie di sostanze stupefacenti e la contestuale detenzione di quantità, invece, maggiori delle altre, consentirebbero il concorso formale tra il reato di cui al d.P.R. n. 309 del 1990 art. 73, comma 5, e uno dei due più gravi delitti previsti, rispettivamente, dai commi 1 e 4 del medesimo articolo.

La Terza Sezione richiama sul tema Sez. 4, n. 36078 del 06/07/2017, Dubini, Rv. 270806, la quale, con riferimento al caso della detenzione di sostanze eterogenee ritenuta integrare la fattispecie di lieve entità, ha affermato trattarsi di un unico fatto di reato e non di una pluralità di reati in concorso formale. Soluzione sulla cui tenuta i giudici rimettenti sollevano però delle perplessità, ritenendo la stessa ispirata all’assetto normativo sul quale si era inserito il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10), il quale, nel riconfigurare la fattispecie di cui all’art. 73, comma 5, da circostanza attenuante a reato autonomo, aveva fatto inevitabilmente riferimento al testo degli altri commi del medesimo arti-

colo antecedente alla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale.

Più corretto, secondo l’ordinanza di rimessione, è invece rifarsi alla riformulazione del comma 5, dovuta alla L. 16 maggio 2014, n. 79 – adottata successivamente all’intervento demolitorio operato dal giudice delle leggi – alla luce della quale il richiamo contenuto nell’art. 73, comma 5, “ad uno dei fatti previsti dal presente articolo”, una volta ripristinata l’autonomia delle incriminazioni riguardanti le droghe “leggere” e “pesanti”, dovrebbe essere inteso nel senso per cui anche la disposizione speciale prevederebbe autonome fattispecie di reato in grado di porsi in concorso formale tra loro nel caso di detenzione di sostanze eterogenee. E ciò ferma restando la possibilità del concorso tra il reato previsto dallo stesso comma 5 e quelli contemplati, invece, dai commi 1 e 4, nell’ipotesi di fatti aventi ad oggetto sostanze eterogenee non tutti qualificabili come di lieve entità.

4. Con provvedimento del 7 giugno 2018 il Presidente aggiunto ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell’art. 618 c.p.p., ed ha fissato per la trattazione l’odierna udienza pubblica.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: “Se la diversità di sostanze stupefacenti, a prescindere dal dato quantitativo, osti alla configurabilità dell’ipotesi di lieve entità di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, e, in caso negativo, se tale reato possa concorrere con le fattispecie previste al medesimo art. 73, commi 1 e 4, d.P.R. cit.”.

2. Prima di affrontare il quesito posto dalla Terza Sezione appare opportuno ripercorrere, seppure sinteticamente, le vicende normative che hanno interessato il d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, (d’ora innanzi T.U. stup.).

Con la L. 26 giugno 1990, n. 162, il legislatore, nel rivedere l’impianto repressivo disciplinato dalla L. 22 dicembre 1975, n. 685, ha introdotto per la prima volta, all’art. 71, comma 5, (divenuto poi, nel T.U. stup. previsto dalla stessa L. n. 162 del 1990, art. 37, contenente una delega all’esecutivo per il coordinamento della disciplina in materia di stupefacenti, l’art. 73, comma 5), una inedita fattispecie finalizzata ad attenuare il severo regime sanzionatorio stabilito per le condotte illecite previste dai precedenti commi del medesimo articolo, nell’ipotesi in cui, “per i mezzi, per le modalità o le circostanze dell’azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze”, i fatti tipizzati negli stessi commi siano di “lieve entità”.

La novella aveva così inteso modificare la previgente impostazione della normativa speciale, fondata sulla previsione, contenuta nella L. n. 685 del 1975, art. 72, di una autonoma fattispecie relativa alle medesime condotte incriminate nel precedente art. 71, ma

punite meno rigidamente qualora riferite a “modiche quantità” di stupefacente destinate allo “uso personale non terapeutico di terzi”.

La nuova fattispecie, inizialmente ritenuta da parte della dottrina e della giurisprudenza di merito integrare a sua volta un’ipotesi autonoma di reato, è stata invece successivamente e costantemente catalogata dalla giurisprudenza come circostanza attenuante, anche sulla scorta della modifica al testo dell’art. 381 c.p.p., lett. h), operata dal d.l. 8 agosto 1991, n. 247 (convertito dalla L. 5 ottobre 1991, n. 314), disposizione nella quale – ai fini dell’esclusione dell’arresto obbligatorio in flagranza – la stessa è stata espressamente qualificata in tal senso dal legislatore (cfr. sez.un., n. 9148 del 31/05/1991, Parisi, Rv. 187930, secondo cui la norma configura una circostanza attenuante ad effetto speciale, e non un titolo autonomo di reato, essendo correlata ad elementi – i mezzi, la modalità, le circostanze dell’azione, la qualità e quantità delle sostanze – che non mutano, nell’obiettività giuridica e nella struttura, le fattispecie previste dai primi commi dell’articolo, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva).

Per tale ipotesi circostanziata il legislatore aveva originariamente stabilito una forbice sanzionatoria da sei mesi a quattro anni di reclusione, con multa da due milioni a venti milioni di lire, per il caso di condotte aventi ad oggetto sostanze inserite nelle tabelle di classificazione degli stupefacenti II e IV e da uno a sei anni di reclusione, con multa da cinque milioni a cinquanta milioni di lire, per l’eventualità di sostanze invece contemplate nelle tabelle I e III.

Il d.P.R. n. 309 del 1990, come noto, è stato profondamente innovato dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49, di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, che (in particolare attraverso gli artt. 4 bis e 4 vices ter) ha apportato significativi mutamenti all’intera disciplina penale degli stupefacenti ed anche alla fattispecie attenuante prevista dall’art. 73, comma 5.

È stato ripetutamente sottolineato il valore simbolico di tale intervento legislativo, funzionale a soddisfare la richiesta di tutela anticipata dei beni giuridici protetti dalla disciplina penale sugli stupefacenti, intesi in un’accezione che esorbita dal pur ampio concetto di “salute pubblica”, fino a ricomprendere – come sottolineato anche da sez. un., n. 9973 del 24/6/1998, Kreml, Rv. 211073 – la sicurezza e l’ordine pubblico. A tale logica rispondeva anzitutto l’eliminazione generalizzata della tradizionale distinzione tra droghe “pesanti” e droghe “leggere” (risalente alla legislazione del 1975 e che l’intervento riformatore del 1990 aveva conservato), con equiparazione del loro trattamento sanzionatorio ed inserimento di tutte le sostanze non farmacologiche in un’unica tabella.

L’adozione del regime sanzionatorio unitario e non più differenziato per tipologie di stupefacenti si è accompagnato alla modifica delle disposizioni re-

lative alla classificazione tabellare (in particolare, tra gli altri, gli artt. 13 e 14 T.U. stup.) con una marcata semplificazione nella catalogazione delle sostanze psicoattive e la riduzione delle stesse tabelle da sei a due: la prima, appunto, contenente tutte le sostanze stupefacenti vietate, la seconda dedicata ai medicinali registrati in Italia e che contenessero sostanze stupefacenti per uso terapeutico.

Coerentemente all’eliminazione di qualsiasi distinzione sul piano punitivo tra sostanze di diverso tipo, l’unificazione del trattamento sanzionatorio tra droghe leggere e droghe pesanti è stata trasposta anche nell’ipotesi attenuata di cui all’art. 73, comma 5, e di conseguenza la comminatoria prevista per quest’ultima è stata ridefinita in un unico intervallo sanzionatorio compreso tra la reclusione da uno a sei anni e la multa da Euro 3.000 ad Euro 26.000. La novella del 2006 non ha invece modificato le condizioni di configurabilità della fattispecie attenuata rispetto alla iniziale previsione del 1990.

Come noto, il giudice delle leggi ha successivamente dichiarato l’illegittimità costituzionale della L. n. 49 del 2006, artt. 4-bis e 4-vices ter, per violazione dell’art. 77 Cost. (Corte cost., sent. n. 32 del 2014).

Nel precisare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità sull’impianto normativo, la stessa Consulta ha poi chiarito che, in considerazione della natura del vizio accertato, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate doveva trovare applicazione il testo dell’art. 73 T.U. stup. e le tabelle vigenti prima delle modifiche apportate nel 2006, in quanto mai validamente abrogati.

Il comma 5 del citato art. 73 non è stato tuttavia interessato dall’intervento demolitorio del giudice delle leggi – come chiarito nella stessa sentenza n. 32 del 2014 e nella successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 179 del 2017 – e ciò in quanto, poco prima della sua pronuncia tale disposizione era stata nuovamente modificata dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10), che l’ha riformulata nei seguenti termini: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell’azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da Euro 3.000 a Euro 26.000” (cfr., Sez. 3, n. 11110 del 25/02/2014, Kiogwu, Rv. 258354; Sez. 6, n. 14288 del 08/01/2014, Cassanelli, Rv. 259058; Sez. 4, n. 10514 del 28/02/2014, Verderamo, Rv. 259360).

Oltre a quella di attenuare il regime sanzionatorio previsto per la fattispecie di lieve entità, rimodulando in tal senso il massimo edittale della pena detentiva (ma mantenendolo indifferenziato a prescindere dalla natura della sostanza oggetto materiale del fatto tipico), la dichiarata intenzione del legislatore – per come

esplicitata nella relazione al disegno della legge di conversione presentato alla Camera dei Deputati e come espressa nello stesso art. 2 del decreto, che testualmente recita: «Modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità» – era quella di trasformare la stessa fattispecie da mera circostanza attenuante a figura autonoma di reato, al fine di sottrarla al giudizio di bilanciamento con eventuali aggravanti in funzione degli obiettivi dell'intervento normativo, teso alla riduzione controllata della popolazione carceraria. Ed in tal senso la legge di conversione del succitato decreto ha provveduto altresì a modificare l'art. 380 c.p.p., già menzionata lett. h), sostituendo il riferimento alla "circostanza" prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. STUP. con quello ai "delitti" contemplati dalla stessa disposizione, nonché il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 19, comma 5, dove nel disciplinare le condizioni per l'applicabilità delle misure cautelari agli imputati minorenni, è stato inserito analogo riferimento.

Come accennato, il d.l. n. 146 del 2013, è stato adottato prima della più volte citata pronuncia della Corte costituzionale. Non così la sua legge di conversione, che però è stata sì approvata in via definitiva successivamente alla decisione della Consulta (seppure di pochi giorni e nell'imminenza della scadenza del termine), ma non anche al deposito della sua motivazione, di cui evidentemente il legislatore non ha potuto tenere conto.

Si è così reso necessario un nuovo intervento legislativo, teso soprattutto a ridisegnare i cataloghi delle sostanze stupefacenti, giacché quelli fatti rivivere dal giudice delle leggi – e cioè quelli antecedenti alla riforma del 2006 – non comprendevano, inevitabilmente, le integrazioni sopravvenute negli anni successivi. A ciò si è provveduto con il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, la cui legge di conversione (16 maggio 2014, n. 79) ha, tra l'altro e per quanto qui di interesse, nuovamente sostituito l'art. 73, comma 5, T.U. stup.

In realtà l'unica modifica apportata al testo introdotto dal d.l. n. 146 del 2013, ha riguardato il trattamento sanzionatorio, nuovamente rimodulato in senso più favorevole entro la forbice edittale della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da 1.032 a 10.329 (e cioè la medesima comminatoria stabilita nel 1990 per l'attenuante nel caso il fatto di lieve entità avesse avuto ad oggetto le c.d. droghe "leggere"), avendo la novella nel resto riproposto l'apparente configurazione della fattispecie come titolo autonomo di reato, la previsione di una indifferenziata risposta sanzionatoria, a prescindere dal tipo di sostanza oggetto delle condotte incriminate, nonché i tradizionali parametri normativi fissati sin dalla L. n. 162 del 1990, per la qualificazione della lieve entità del fatto.

3. Alla luce delle illustrate vicende normative deve innanzi tutto essere recepito l'oramai consolidato orientamento espresso dalle Sezioni semplici in merito alla avvenuta trasformazione della fattispecie prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. STUP. da circostanza attenuante in figura autonoma di reato (ex multis Sez. 3, n. 11110 del 25/02/2014, Kiogwu, cit.; Sez. 6, n. 5143 del 16/01/2014, Skiri Mourad, Rv. 258773; Sez. 6, n. 9892 del 28/01/2014, Bassetti, Rv. 259352; tra le più recenti: Sez. 4, n. 36078 del 06/07/2017, Dubini, Rv. 270806; Sez. 4, n. 30238 del 10/05/2017, Tontini, Rv. 270190).

Come rilevato nelle citate pronunzie, plurimi sono innanzi tutto gli indici "esterni" che depongono nel senso dell'avvenuta riqualificazione della fattispecie di lieve entità. Dalla già menzionata volontà espressa dal legislatore storico, per come manifestatasi nel corso dei lavori preparatori della legge n. 10 del 2014, alla parimenti ricordata intitolazione della disposizione che ha provveduto alla riconfigurazione della norma (il d.l. n. 146 del 2013, art. 2) ed alle modifiche apportate all'art. 380 c.p.p., ed al d.P.R. n. 448 del 1988, art. 19, con la legge di conversione.

In tal senso particolarmente significativa deve ritenersi proprio la modifica apportata al citato art. 380, lett. h), del codice di rito e cioè proprio quella disposizione sulla quale, come si è visto, il legislatore del 1991 era intervenuto – con una sorta di interpretazione autentica – al fine di affermare la natura circostanziale della fattispecie introdotta dalla legge n. 162 del 1990 e per dirimere le iniziali incertezze interpretative registratesi sulla sua natura.

Indicatori altrettanto convincenti dell'avvenuta mutazione genetica della fattispecie si ritraggono, però, anche dalle modifiche apportate nel testo della norma. Innanzitutto il ricorso alla locuzione «chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo» in sostituzione della previgente «quando... i fatti previsti dal presente articolo», rivela l'adozione di scelte lessicali tradizionalmente riservate alla configurazione di una autonoma figura di reato. In secondo luogo, l'introduzione nell'incipit del testo normativo di una espressa clausola di riserva relativamente indeterminata («Salvo che il fatto costituisca più grave reato») è scelta incompatibile con l'intenzione di conservare la qualificazione circostanziale, evidenziando invece in maniera inequivocabile la volontà di prevedere una figura delittuosa autonoma.

Con riguardo a tale clausola di riserva ed al suo significato è peraltro opportuno effettuare alcune precisazioni.

La fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. stup., così come ridefinita da ultimo dalla L. n. 79 del 2014, concorre con ognuna di quelle previste dai primi quattro commi dello stesso articolo – come configurate precedentemente all'intervento della L. n. 49 del 2006, in quanto fatte rivivere

dal giudice delle leggi con la citata sentenza n. 32 del 2014 – nel punire i medesimi fatti descritti da questi ultimi e che la stessa espressamente richiama. Si tratta, all'evidenza, di un caso di concorso solo apparente di norme incriminatrici, posto che il suddetto comma 5, isolando attraverso i ricordati parametri una specifica classe di fatti (quelli comunque tipici, ma di lieve entità), si pone in rapporto di specialità unilaterale con le altre disposizioni menzionate, essendo indiscutibile che, qualora dovesse venire meno, i medesimi fatti tornerebbero a ricadere nell'ambito di incriminazione di queste ultime.

Può allora suscitare qualche perplessità l'introduzione della menzionata clausola di riserva espressa, che sembra sovvertire il criterio della prevalenza della fattispecie unilateralmente speciale, rendendo apparentemente sempre inapplicabile l'art. 73, comma 5, in favore delle norme "generali" contenute nei precedenti commi (e soprattutto nel primo e nel quarto) ovvero la cui previsione potrebbe essere intesa, al limite, nel senso di una deroga alla regola dell'applicazione della sola norma speciale di cui all'art. 15 c.p., con la conseguenza ancora più paradossale di configurare un'ipotesi di concorso formale tra la fattispecie di lieve entità e i reati previsti dalle altre disposizioni.

Conclusioni la cui irragionevolezza appare evidente, così come la loro incompatibilità con quella che era la volontà del legislatore storico e con la stessa scelta di trasformare la fattispecie da circostanza attenuante in reato autonomo, al fine di garantire una più effettiva ed espansiva applicazione del più temperato regime sanzionatorio previsto per i fatti di lieve entità.

Non è dubbio che specializzazione e sussidiarietà – quando la stessa si manifesta attraverso la previsione di clausole di riserva assolutamente indeterminate o, come nel caso di specie, relativamente indeterminate – operino in senso opposto, atteso che la prima impone la applicazione della norma speciale sulla norma generale, la seconda della norma indicata come prevalente sulla norma sussidiaria che contiene la clausola. A ben vedere, però, attraverso entrambi i criteri il legislatore persegue un obiettivo unico e cioè ricondurre una determinata fattispecie esclusivamente alla previsione che meglio ne esaurisce il disvalore.

Attraverso la specializzazione viene però selezionata la reazione punitiva più conforme, individuando la norma che risulta meglio aderente alla fattispecie concreta dal punto di vista genuinamente strutturale, sul presupposto implicito che quanto più la valutazione normativa tiene conto dei caratteri distintivi di un determinato fatto, tanto più si presta a rispecchiarne, per l'appunto, l'effettivo disvalore. Il che consente di ritenere che, qualora il legislatore, nel configurare una fattispecie come speciale rispetto ad altre più gravi, preveda altresì una clausola di riserva del tipo indicato, intenda far operare i due criteri su piani distinti

ovvero sottrarre la relazione di specialità all'ambito di operatività della clausola di riserva.

Una interpretazione della norma rispettosa del contesto normativo in cui si inserisce e delle sue ragioni storiche, porta dunque a concludere che la suddetta clausola sia stata introdotta – enfatizzando al contempo la scelta operata di configurare un titolo autonomo di reato – per disciplinare l'eventuale o futuro concorso con altre fattispecie più gravi, ma diverse da quelle contenute nell'art. 73 T.U. STUP., con le quali già si instaura una relazione di genere a specie.

4. Venendo ora alla questione proposta dall'ordinanza di rimessione ed in particolare alla prima parte del quesito sollevato dalla Terza Sezione, va rilevato che sussiste effettivamente nella giurisprudenza di legittimità il contrasto denunziato in merito alla configurabilità della fattispecie prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. stup. nell'ipotesi in cui la condotta incriminata abbia ad oggetto sostanze stupefacenti eterogenee.

4.1 Secondo un primo orientamento (che ha origini più risalenti, ma che è stato ribadito anche di recente), nel caso di detenzione di sostanze di differente tipologia, il fatto non potrebbe essere considerato comunque di lieve entità, anche a prescindere dal dato quantitativo, trattandosi di condotta indicativa della capacità dell'agente di procurarsi sostanze tra loro eterogenee e, per ciò stesso, di rifornire assuntori di stupefacenti di diversa natura, così da recare un danno non tenue al bene della salute pubblica tutelato dal sistema di incriminazioni previsto dall'art. 73 T.U. stup.

In tal senso si è espressa anzitutto Sez. 4, n. 38879 del 29/9/2005, Frank, Rv. 232428, che ha dato origine all'indirizzo in esame, in una fattispecie in cui l'imputato era stato trovato in possesso di modesti quantitativi di tre sostanze differenti – eroina, cocaina e morfina – ritenendo condivisibile il ragionamento del giudice di merito che vedeva in tale diversità qualitativa un indice negativo assorbente nella prospettiva del numero di consumatori che potevano essere i destinatari finali della droga.

Successivamente si sono orientate allo stesso modo, tra quelle più significative, Sez. 3, n. 47671 del 09/10/2014, Cichetti, Rv. 261161, in una fattispecie relativa alla detenzione di 91 grammi di hashish e di 181 pasticche di ecstasy in cui la Corte ha chiarito che la diversità "naturalistica" delle sostanze non viene meno per effetto del loro inserimento in una medesima catalogazione tabellare (poiché il fatto era stato commesso prima della pronuncia di incostituzionalità conseguente alla sentenza n. 32 del 2014 e, dunque, nella vigenza del testo dell'art. 73 T.U. STUP. introdotto dalla L. n. 49 del 2006); Sez. 4, n. 6624 del 15/12/2016, dep. 2017, Bevilacqua, Rv. 269130, nella quale la Corte ha ritenuto corretta la valutazione anche alla luce di ulteriori indicatori che escludevano la possibilità di configurare l'ipotesi di lieve entità (dato

quantitativo e possesso di strumenti idonei al confezionamento); Sez. 3, n. 26205 del 05/06/2015, Khalfi, Rv. 264065, la quale, pur stigmatizzando la mancata valutazione di ulteriori aspetti del fatto, aderisce alla opzione in esame, ritenendo la diversità delle sostanze “indice negativo assorbente”; Sez. 3, n. 32695 del 27/03/2015, Genco, Rv. 264491, la quale, pur considerando l’orientamento opposto, aderisce all’impostazione secondo cui la diversità qualitativa dello stupefacente è circostanza che, da sola, esclude la minima offensività del fatto, perché esprime l’attitudine della condotta a rivolgersi ad un cospicuo e variegato numero di consumatori e la sua capacità di penetrazione nel mercato, ritenendo il principio tanto più applicabile nel caso concreto considerato in ragione della valutazione delle modalità attuative del reato, che si caratterizzavano per l’organizzazione dispiegata dagli autori nella consumazione delle condotte illecite.

4.2 Come ricordato dall’ordinanza di rimessione, nella giurisprudenza di legittimità è stata progressivamente coltivata in tempi recenti una diversa opzione interpretativa, per cui la diversa tipologia di sostanze detenute o cedute non sarebbe un dato necessariamente ostativo alla configurabilità della fattispecie di lieve entità, qualora le peculiarità del caso concreto risultino indicative di una complessiva minore portata dell’attività svolta, essendo l’elemento della diversità tipologica idoneo ad escludere l’ipotesi del fatto lieve soltanto qualora sia dimostrativo di una significativa potenzialità offensiva.

Sono espressione di tale indirizzo, tra le altre, Sez. 6, n. 8243 del 12/12/2017, dep. 2018, Scardia, Rv. 272378; Sez. 6, n. 1428 del 19/12/2017, dep. 2018, Ferretti, Rv. 271959; Sez. 6, n. 46495 del 19/09/2017, Rachadi, Rv. 271338; Sez. 4, n. 49153 del 13/07/2017, Amorello, Rv. 271142; Sez. 6, n. 29132 del 09/05/2017, Merli, Rv. 270562; Sez. 4, n. 22655 del 04/04/2017, Ben Ali, Rv. 270013; Sez. 4, n. 22654 del 04/04/2017, Rhimi, Rv. 269946; Sez. 6, n. 14882 del 25/01/2017, Fonzo, Rv. 269457; Sez. 4, n. 48850 del 03/11/2016, Barba, Rv. 268218; Sez. 4, n. 28561 del 25/05/2016, Zuccaro, Rv. 267438; Sez. 6, n. 48697 del 26/10/2016, Tropeano, Rv. 268171; Sez. 3, n. 6824 del 04/12/2014 – dep. 2015, Masella, Rv. 262483; tutte successive agli interventi legislativi del 2013 e del 2014, mentre in precedenza si era espressa negli stessi termini anche Sez. 6, n. 6574 del 10/01/2013, Mallo, Rv. 254598, la quale aveva rilevato un vizio della motivazione nel caso di esclusione della lieve entità del fatto esclusivamente in ragione della diversità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta illecita.

Le decisioni elencate evidenziano la necessità di una valutazione complessiva del fatto da parte del giudice di merito che concerna mezzi, modalità e circostanze dell’azione, qualità e quantità della sostanza – anche con riferimento specifico alla percentuale di purezza della stessa –, poiché solo in tal modo è pos-

sibile – in concreto – formulare un effettivo giudizio di lieve entità, consentendo tra l’altro il controllo da parte del giudice di legittimità sul percorso giustificativo seguito nel merito per affermarne o negarne la configurabilità.

In tal senso, molte delle sentenze citate insistono sulla necessità di elaborare una interpretazione della norma conforme ai principi costituzionali di offensività e di proporzionalità. Ed in tale ottica si sottolinea come, del resto, rappresenti un approdo consolidato nella giurisprudenza di legittimità la considerazione per cui la fattispecie di lieve entità costituisca “strumento” di riequilibrio e “riproporzionamento” del sistema sanzionatorio in materia di stupefacenti in relazione a casi concreti nei quali, per la complessiva non gravità della condotta, il principio di offensività verrebbe sostanzialmente “tradito” applicando le più severe pene previste per le ipotesi diverse dal comma 5 dello stesso art. 73 T.U. stup.

5. Le Sezioni Unite ritengono debba essere condiviso il secondo degli orientamenti interpretativi illustrati, che appare maggiormente aderente alla lettera ed alla ratio dell’art. 73, comma 5, T.U. stup.

Preliminarmente va sottolineato come, ai fini della risoluzione del quesito proposto, debba ritenersi ininfluenza che alcune delle pronunzie riconducibili al primo orientamento siano state adottate quando la fattispecie di lieve entità era ancora configurata come circostanza attenuante ovvero abbiano comunque riguardato casi in cui tale era stata la qualificazione accolta nella sentenza impugnata. Infatti, come ricordato in precedenza, in tutte le versioni succedutesi nei suoi quasi trent’anni di vita, non è mai mutata nel testo della succitata disposizione la descrizione dell’elemento specializzante ed in particolare dei parametri funzionali all’individuazione dei fatti di lieve entità (in senso conforme, Sez. 4, n. 15020 del 29/01/2014, Bushi, Rv. 259353 e Sez. 6, n. 9892 del 28/01/2014, Bassetti, Rv. 259352; Sez. 3, n. 27064 del 19/03/2014, Fontana, Rv. 259664).

Deve quindi ritenersi che, nella trasformazione da attenuante ad effetto speciale a titolo autonomo di reato, la fattispecie di cui si tratta abbia conservato la sua funzione di individuare quei fatti che si caratterizzano per una ridotta offensività, allo scopo di sottrarli al severo regime sanzionatorio previsto dalle altre norme incriminatrici contenute nell’art. 73 T.U. stup. – al cui ambito applicativo, come si è detto, gli stessi fatti sarebbero altrimenti riconducibili – nella prospettiva di rendere il sistema repressivo in materia di stupefacenti maggiormente rispondente ai principi sanciti dall’art. 27 Cost..

Rimangono pertanto attuali i principi affermati in precedenti arresti del Supremo Collegio (Sez. U, n. 35737 del 24/06/2010, Rico, Rv. 247911 e Sez. U, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216668) e ripetutamente evocati dalle decisioni che hanno alimentato

il contrasto e secondo cui, per l'appunto, la lieve entità del fatto può essere riconosciuta solo in ipotesi di "minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio".

Va peraltro puntualizzato come la sentenza Primavera si sia sostanzialmente limitata a richiamare i suindicati principi, recependo in tal senso quello che ha rilevato essere un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in merito alle condizioni di operatività dell'art. 73, comma 5, e ritenendo conseguentemente adeguata la motivazione con la quale il giudice del merito aveva escluso, nel caso di specie, la configurabilità dell'allora attenuante speciale in ragione del valore ponderale dello stupefacente detenuto e del consolidato contesto illecito in cui il reato era stato commesso.

Ai presenti fini appare utile l'apparato argomentativo sviluppato dalla sentenza Rico. Nell'occasione, infatti, le Sezioni unite, nel ribadire i principi sopra ricordati per dirimere il contrasto giurisprudenziale relativo alla compatibilità tra l'aggravante della cessione di stupefacenti a minore e l'attenuante della lieve entità, ha ritenuto opportuno precisare come tale ultima questione «non possa essere risolta in astratto, stabilendo incompatibilità in via di principio, ma deve trovare soluzione caso per caso, con valutazione che di volta in volta tenga conto di tutte le specifiche e concrete circostanze». E si è evidenziato come la funzione assegnata alla fattispecie di lieve entità sia proprio quella di adeguare il trattamento sanzionatorio alla concretezza della fattispecie, al fine di garantire la ragionevolezza della risposta repressiva in materia di stupefacenti.

6. Come accennato, nel ritenere necessario valutare la concreta entità del fatto utilizzando tutti gli indici normativi, le citate decisioni delle Sezioni unite si sono sostanzialmente limitate a recepire la consolidata elaborazione giurisprudenziale della fattispecie prevista dall'art. 73, comma 5.

In proposito va infatti evidenziato come, superando alcune letture particolarmente restrittive del disposto normativo manifestatesi soprattutto nei primi anni della sua applicazione – secondo cui il giudizio di lieve entità dovrebbe scaturire dal positivo apprezzamento di ciascuno degli elementi indicati dalla legge, con la conseguenza che l'ipotesi di minore offensività non ricorrerebbe quando uno soltanto degli stessi venga considerato negativo (Sez. 4, n. 10783 del 03/07/1991, Del Signore, Rv. 188577; Sez. 6, n. 9528 del 09/05/1991, Recupero, Rv. 188192; Sez. 6, n. 1183 del 05/01/1999, Touria, Rv. 213321) – la giurisprudenza di legittimità ha maturato e consolidato

nel tempo un percorso interpretativo per cui tale giudizio è invece il frutto di una valutazione complessiva degli elementi fattuali selezionati dalla norma e che in realtà, già all'indomani della riforma operata dalla L. n. 162 del 1990, e della successiva entrata in vigore del T.U. stup., si era rivelato in una pronunzia delle stesse Sezioni Unite, le quali avevano avuto modo di sottolineare – seppure in maniera sintetica ed assertiva come gli indici qualificanti la lieve entità debbano essere, per l'appunto, "valutati globalmente" (sez. un., n. 9148 del 31/05/1991 – dep. 1991, Parisi, Rv. 187931).

Ed è questa la lettura del dato normativo che è stata tramandata dalle sentenze Primavera e Rico (oltre che dalle pronunzie che si riconoscono nel secondo degli orientamenti in contrasto) e che questo Collegio ritiene debba essere ulteriormente ribadita. Innanzitutto, perché si rivela come la più aderente al dettato normativo, posto che l'art. 73, comma 5, elenca in maniera indistinta i diversi indicatori selezionati (limitandosi a raggrupparli a seconda che essi si riferiscano alla condotta od all'oggetto materiale del reato), astenendosi dallo stabilire un ordine gerarchico tra gli stessi o anche solo dall'attribuire ad alcuni un maggiore valore sintomatico. Ma, soprattutto, perché la disposizione citata condiziona la determinazione della lieve entità del fatto proprio su di una pluralità di elementi sintomatici, differenziandosi, ad esempio, dalla scelta compiuta dallo stesso legislatore nella individuazione della fattispecie di eccezionale rilevanza penale di cui al secondo comma dell'art. 80 T.U. stup. (cfr., sez.un., n. 36258 del 24/05/2012, Biondi, Rv. 253150), dove un singolo parametro (quello ponderale) è stato invece ritenuto di per sé sufficiente ad esprimere il maggiore (in questo caso) disvalore del fatto. In secondo luogo, perché è quella che meglio corrisponde alla già ricordata ratio che ha ispirato la introduzione della fattispecie di lieve entità e cioè rendere la risposta repressiva in materia di stupefacenti compatibile con i principi di offensività e proporzionalità, nella consapevolezza del carattere variegato e mutante del fenomeno criminale cui si rivolge.

In tale ottica è dunque richiesto – già al momento della sua qualificazione di valutare la minore offensività del fatto, considerandolo nella sua concreta singolarità (e cioè effettiva consistenza lesiva) mediante la globale valutazione di tutti i dati sintomatici descritti dalla norma e delle relazioni intercorrenti tra i medesimi.

7. Ritenere che la valutazione degli indici di lieve entità elencati dall'art. 73, comma 5, debba essere complessiva, significa certamente abbandonare l'idea che gli stessi possano essere utilizzati dal giudice alternativamente, riconoscendo od escludendo, cioè, la lieve entità del fatto anche in presenza di un solo indicatore di segno positivo o negativo, a prescindere dalla considerazione degli altri. Ma allo stesso tempo anche

che tali indici non debbano tutti indistintamente avere segno positivo o negativo.

Il percorso tracciato dal legislatore impone di considerare, infatti, anche la possibilità che tra gli stessi si instaurino rapporti di compensazione e neutralizzazione in grado di consentire un giudizio unitario sulla concreta offensività del fatto anche quando le circostanze che lo caratterizzano risultano prima facie contraddittorie in tal senso, come del resto già era stato in passato sostenuto in alcuni arresti delle Sezioni semplici (cfr., Sez. 6, n. 167 del 23/01/1992, Chorki Bouzhaïem, Rv. 189462; Sez. 4, n. 8954 del 11/05/1992, Bondi, Rv. 191643, la quale, ad esempio, ha sottolineato come la lieve entità del fatto possa essere riconosciuta anche in presenza di una non modica quantità di droga, qualora la concreta modalità e la circostanza della condotta ne ridimensionino la rilevanza penale).

All'esito della valutazione globale di tutti gli indici che determinano il profilo tipico del fatto di lieve entità, è poi possibile che uno di essi assuma in concreto valore assorbente e cioè che la sua intrinseca espressività sia tale da non poter essere compensata da quella di segno eventualmente opposto di uno o più degli altri, come per l'appunto affermato nei precedenti arresti delle Sezioni unite. Ma è per l'appunto necessario che una tale statuizione costituisca l'approdo della valutazione complessiva di tutte le circostanze del fatto rilevanti per stabilire la sua entità alla luce dei criteri normativizzati e non già il suo presupposto.

Ed è parimenti necessario che il percorso valutativo così ricostruito si rifletta nella motivazione della decisione, dovendo il giudice, nell'affermare o negare la tipicità del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, T.U. stup., dimostrare di avere vagliato tutti gli aspetti normativamente rilevanti e spiegare le ragioni della ritenuta prevalenza eventualmente riservata a solo alcuni di essi. Il che significa, come illustrato, che il discorso giustificativo deve dar conto non solo dei motivi che logicamente impongono nel caso concreto di valutare un singolo dato ostativo al riconoscimento del più contenuto disvalore del fatto, ma altresì di quelli per cui la sua carica negativa non può ritenersi bilanciata da altri elementi eventualmente indicativi, se singolarmente considerati, della sua ridotta offensività.

In tale ottica è opportuno sottolineare come anche l'elemento ponderale quello che più spesso assume un ruolo centrale nell'apprezzamento giudiziale non è escluso dal percorso valutativo implicito nella formulazione dell'art. 73, comma 5, come rivela ancora una volta proprio il raffronto dello stesso con la già evocata disposizione di cui all'art. 80, comma 2, T.U. stup. In altri termini, anche la maggiore o minore espressività del dato quantitativo deve essere anch'essa determinata in concreto nel confronto con le altre circostanze del fatto rilevanti secondo i parametri normativi di riferimento.

Ferma la possibilità che, nel rispetto delle condizioni illustrate, tale dato possa assumere comunque valore negativo assorbente, ciò significa che anche la detenzione di quantitativi non minimali potrà essere ritenuta non ostativa alla qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, e, per converso, che quella di pochi grammi di stupefacente, all'esito della valutazione complessiva delle altre circostanze rilevanti, risulti non decisiva per ritenere integrata la fattispecie in questione.

8. In forza dei principi illustrati è dunque escluso che una singola circostanza possa assumere a priori ed in astratto carattere ostativo alla qualificazione del fatto come di lieve entità, dovendo emergere, come detto, una siffatta conclusione dalla valutazione complessiva dello stesso e dalla riscontrata incapacità degli altri indici selezionati dall'art. 73, comma 5, di neutralizzarne la carica negativa.

Conseguentemente, non può essere condiviso quanto sostenuto nelle decisioni che hanno dato vita al primo degli orientamenti esaminati, circa la rilevanza ostativa della detenzione di sostanze eterogenee in un contesto unitario, nella misura in cui, per l'appunto, a tale circostanza viene attribuito un aprioristico significato negativo assorbente.

Precisato che tale dato della realtà non definisce la "qualità" delle sostanze oggetto della condotta, ma attiene alle "modalità dell'azione" evocate dalla disposizione menzionata, deve altresì osservarsi come lo stesso assunto su cui si fonda tale attribuzione – e cioè che la suddetta detenzione sarebbe espressione di un più significativo inserimento dell'agente nell'ambiente criminale dedito al traffico di stupefacenti ed esporrebbe l'interesse tutelato ad un più accentuato pericolo di lesione – degrada a mera petizione di principio se la circostanza viene astratta a pura fattispecie tipologica e non invece valutata nel concreto contesto in cui si manifesta. È infatti fin troppo agevole trarre dall'esperienza giudiziaria casi in cui il possesso contestuale di differenti tipi di stupefacente è aspetto sostanzialmente neutro, come, ad esempio, quando i quantitativi detenuti risultino essere assai modesti ovvero la condotta dell'agente risulti per altro verso meramente occasionale.

Nè, del resto, come è stato correttamente osservato in alcune pronunzie riconducibili all'indirizzo qui condiviso (v., Sez. 6, n. 46495 del 19/09/2017, Rachadi, cit. e Sez. 6, n. 29132 del 09/05/2017, Merli, cit.), il testo dell'art. 73, comma 5, autorizza interpretazioni che ne restringano l'ambito di operatività in relazione alla diversa natura dell'oggetto materiale del reato, potendosi anzi trarre dal riferimento alla quantità e qualità "delle sostanze" (termine per l'appunto declinato al plurale) un valido argomento nel senso contrario.

Ciò non significa che il dato fattuale in questione non possa assumere una valenza negativa e che la stessa non possa essere dunque ritenuta ostativa alla

configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 73, comma 5. Ma tali conclusioni devono, per l'appunto, rappresentare l'esito di una valutazione complessiva del fatto in concreto manifestatosi, da svolgere in relazione a tutti gli indici sintomatici enucleati dalla norma incriminatrice.

9. In risposta alla prima parte del quesito proposto con l'ordinanza di rimessione deve dunque essere formulato il seguente principio: «La diversità di sostanze stupefacenti oggetto della condotta non è di per sé ostativa alla configurabilità del reato di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, in quanto è necessario procedere ad una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie concreta selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla suddetta disposizione al fine di determinare la lieve entità del fatto».

10. Venendo ora alla seconda parte del quesito appare opportuna una preliminare ricognizione dell'elaborazione giurisprudenziale in merito al tema del concorso di reati nel caso in cui l'oggetto materiale della condotta incriminata sia costituito da sostanze stupefacenti eterogenee.

Tema che, facendo riferimento alla disciplina vigente, va perimetrato alle ipotesi in cui le stesse siano catalogate in tabelle diverse, posto che quella di stupefacente è nozione legale, ancorata, per l'appunto, al sistema tabellare normativamente configurato, il quale concorre a definire l'ambito di tipicità delle diverse disposizioni incriminatrici (cfr., sez.un., n. 9973 del 24/06/1998, Kremi, Rv. 211073; sez.un., n. 29316 del 26/02/2015, De Costanzo, Rv. 264263). Ne consegue che la singola condotta avente ad oggetto sostanze iscritte nella medesima tabella o nel medesimo gruppo omogeneo di tabelle integra comunque un unico fatto di reato (*ex multis*, Sez. 6, n. 12153 del 10/10/1994, Napoli, Rv. 200068).

Ciò premesso, va ricordato che, dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990, la giurisprudenza era compatta nel ritenere che, nel caso di simultanea detenzione di sostanze differenti inserite nelle tabelle 1 e 3 ed in quelle 2 e 4 dell'art. 14, non fosse configurabile un concorso apparente di norme incriminatrici, bensì un'ipotesi di concorso tra i reati previsti, rispettivamente, dall'art. 73, commi 1 e 4, da ritenersi eventualmente avvinti sotto il vincolo della continuazione là dove ne ricorressero i presupposti (tra le tante v., Sez. 6, n. 35637 del 16/04/2003, Poppi, Rv. 226649; Sez. 4, n. 3208 del 21/02/1997, Buttazzo, Rv. 207879).

A conclusioni diametralmente opposte la Suprema Corte è invece pervenuta successivamente alle modifiche apportate dalla L. n. 49 del 2006, che, come già ricordato, aveva superato la distinzione di trattamento giuridico tra le sostanze classificate come stupefacenti, inserendole tutte nell'ambito di un'unica tabella. Coerentemente alla tradizionale posizione assunta in precedenza con riguardo ai fatti concernenti sostanze in-

serite in tabelle omogenee, si è dunque affermato che la contestuale detenzione di sostanze eterogenee non integrasse una pluralità di illeciti, bensì un unico reato (Sez. 6, n. 1735 del 20/12/2007, dep. 2008, Tawali, Rv. 238391; Sez. 4, n. 37993 del 09/07/2008, Isoni, Rv. 241060; Sez. 6, n. 34789 del 21/04/2008, Castioni, Rv. 241375; Sez. 4, n. 42485 del 17/07/2009, Manganiello, Rv. 245458; Sez. 6, n. 10613 del 11/02/2014, Franzoni, Rv. 259356).

Alla riviviscenza dell'originaria disciplina contenuta nell'art. 73, ad opera della più volte citata sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ha però fatto seguito il "ripistino" dell'indirizzo interpretativo formatosi antecedentemente alla novella del 2006, favorevole alla configurazione di reati autonomi – eventualmente unificabili ai sensi dell'art. 81 c.p. – in presenza di sostanze oggetto di un distinto inquadramento tabellare (in questo senso, Sez. 4, n. 43432 del 07/10/2015, Rodriguez, Rv. 264778; Sez. 1, n. 885 del 04/11/2015, dep. 2016, Codebò, Rv. 265719; Sez. 4, n. 43464 del 01/07/2014, Lombardo, Rv. 260731; Sez. 4, n. 44808 del 26/09/2014, Madani, Rv. 260735; Sez. 6, n. 24376 del 06/03/2014, Cordone, Rv. 259154).

11. È opinione di questo Collegio che tale orientamento debba essere ribadito, pur essendo necessarie alcune puntualizzazioni.

Nella formulazione fatta rivivere dal giudice delle leggi (cfr., sez. un., n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205) e successivamente integrata dagli interventi legislativi del 2013 e del 2014, l'art. 73 T.U. stup. si atteggia a norma mista cumulativa e cioè a disposizione che prevede più norme incriminatrici autonome cui corrispondono distinte fattispecie di reato.

Ognuno dei primi cinque commi contiene invece una norma a più fattispecie, atteso che negli stessi vengono tipizzate modalità alternative di realizzazione di un medesimo reato, come pacificamente riconosciuto dalla consolidata giurisprudenza di legittimità che esclude la configurabilità di una pluralità di reati nel caso di realizzazione da parte dello stesso agente, nel medesimo contesto e con riguardo allo stesso oggetto materiale, di più condotte tra quelle descritte dalle singole disposizioni (in questo senso tra le più recenti, anche successive ai rivolgimenti che hanno interessato l'art. 73, Sez. 6, n. 9477 del 11/12/2009, dep. 2010, Pintori, Rv. 246404; Sez. 3, n. 7404 del 15/01/2015, Righetti, Rv. 262421; Sez. 6, n. 22549 del 28/03/2017, Ghitti, Rv. 270266).

La previsione di autonome norme incriminatrici non esclude peraltro che sussistano rapporti di potenziale interferenza tra alcune di esse, che l'analisi strutturale delle diverse fattispecie consente di riportare al fenomeno del concorso apparente e di risolvere ricorrendo al principio di specialità. Così è, come si è già detto, per i rapporti tra la norma prevista dal comma 5 e quelle contenute nei commi precedenti, ma alle medesime conclusioni deve pervenirsi anche

con riferimento alle fattispecie tipizzate dai commi 2 e 3, evidentemente speciali rispetto a quelle previste dai commi 1 e 4.

Queste ultime due non risultano invece sovrapponibili – pur nell'identità delle condotte che ne integrano l'elemento oggettivo – proprio in ragione della diversa specificazione dell'oggetto materiale che le caratterizza reciprocamente. Diversità che ancor più risalta alla luce della già evocata natura legale della nozione delle sostanze che devono qualificarsi come stupefacenti e della differenziata classificazione delle medesime operata attraverso il sistema tabellare. In tal senso si apprezza dunque la volontà del legislatore del 1990 – riattualizzata dall'intervento demolitorio del giudice delle leggi del 2014 – di configurare fattispecie autonome di reato dirette ad isolare forme (e non solo gradi) differenti di aggressione del comune fascio di interessi tutelati – in principalità la salute della collettività, ma altresì l'ordine e la sicurezza pubblica – in relazione al tipo di sostanza oggetto delle condotte incriminate.

È pur vero, inoltre, che in entrambe le disposizioni in esame l'oggetto di queste ultime è declinato al plurale (“sostanze”); declinazione che però non può essere letta disgiuntamente alla successiva specificazione della classificazione tabellare di tali “sostanze”.

In ragione dell'evidenziata differenza strutturale tra le due fattispecie non è, dunque, possibile ritenere che il concorso tra le rispettive norme incriminatrici sia apparente invece che reale, nemmeno nel caso in cui le stesse vengano contestualmente realizzate attraverso un'unica condotta. Ne consegue che in ogni caso i rapporti tra le medesime fattispecie nella loro formulazione vigente devono essere sempre ricondotti al fenomeno del concorso di reati, come per l'appunto unanimemente ritenuto dalla giurisprudenza delle Sezioni semplici.

Piuttosto, è opportuno evidenziare come di frequente l'ipotesi di condotte consumate in un contesto unitario, avente ad oggetto sostanze tabellarmente eterogenee, sia stata sbrigativamente ricondotta esclusivamente alla disciplina del reato continuato, senza procedere ad un corretto inquadramento del fatto per come concretamente manifestatosi. In proposito è invece opportuno ribadire, come pure già hanno fatto anche di recente alcune pronunzie (v., per tutte, Sez. 4, n. 38125 del 05/06/2014, Marletta, Rv. 260729), che nel caso in cui la condotta si riveli unica, il concorso di reati deve essere qualificato come formale, trovando conseguentemente la sua disciplina nella previsione di cui all'art. 81 c.p., comma 1, senza che debba essere acquisita pertanto la prova di un disegno criminoso unitario al fine di applicare il cumulo giuridico sanzionatorio stabilito dalla richiamata disposizione, giacché questo è sostanzialmente presunto dalla disposizione citata. Qualora, per converso, siano enucleabili condotte distinte riferibili alle diverse ti-

pologie di stupefacente, sarà ovviamente compito del giudice stabilire se sussistano o meno i presupposti per ricondurre il concorso materiale dei reati configurabile nella specie alla disciplina di cui al secondo comma della disposizione da ultima citata.

12. A questo punto è necessario stabilire se e quando sia configurabile il concorso tra i reati previsti dai commi 1, 4 dell'art. 73 e quello di cui al successivo comma 5 del medesimo articolo.

Non è dubbio che condotte consumate in contesti diversi – e che non abbiano ad oggetto il medesimo quantitativo di stupefacente od una sua partizione realizzano fatti autonomi e che, qualora uno degli stessi possa essere qualificato di lieve entità, i reati rispettivamente integrati concorrono e, sussistendone i presupposti, possono essere unificati ai fini ed ai sensi dell'art. 81 c.p., comma 2, anche a prescindere dalla omogeneità od eterogeneità delle sostanze che ne costituiscono l'oggetto.

La consumazione in tempi diversi, ma in unico contesto di più condotte tipiche (inevitabilmente diverse tra loro) in riferimento al medesimo oggetto materiale (inteso nella sua identità naturalistica) integra invece un unico fatto di reato, atteso che, come già ricordato, quelle contenute nell'art. 73, commi 1 e 4, T.U. stup. sono norme miste alternative. La loro eventuale convergenza con la disposizione del comma 5, sull'unico fatto configurabile determina poi un concorso apparente tra norme incriminatrici che, come pure si è già illustrato, deve essere risolto in favore di quest'ultimo qualora il fatto medesimo venga ritenuto di lieve entità.

La fattispecie per cui è processo è, invece, quella in cui sostanze tabellarmente eterogenee sono oggetto di una condotta che deve essere valutata unitariamente, in relazione alla quale l'ordinanza di remissione evoca la possibilità di configurare il concorso formale tra reati, uno dei quali eventualmente qualificabile ai sensi del menzionato art. 73, comma 5.

L'ipotesi che viene formulata dai giudici rimettenti è in definitiva quella per cui dovrebbe essere possibile valutare la lieve entità di una parte del “fatto” prescindendo dall'altra ovvero dalla loro contestualità. Ipotesi che è stata apparentemente ripresa da una recente sentenza in relazione ad una fattispecie sostanzialmente sovrapponibile a quella odierna (Sez. 4, n. 40294 del 05/06/2018, Schiraldi). Secondo tale pronunzia, a seguito del ripristino ad opera del giudice delle leggi della originaria dicotomia nei commi 1 e 4 dell'art. 73 tra l'incriminazione delle condotte relative alle droghe c.d. “pesanti” e quelle ad oggetto le droghe c.d. “leggere”, la stessa sarebbe riproposta anche nel successivo comma 5 (come riformulato nel 2013 e nel 2014) attraverso il richiamo ai “fatti previsti dal presente articolo” e ciò imporrebbe “una valutazione separata delle singole condotte connotate dal peculiare e diverso oggetto materiale”.

13. Tale assunto non appare del tutto condivisibile. Si è infatti stabilito in precedenza che il giudizio sulla tipicità del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, deve essere frutto di una valutazione complessiva condotta utilizzando tutti gli indicatori selezionati da tale disposizione.

Nella fattispecie data non è conseguentemente possibile isolare la condotta relativa ad un tipo di stupefacente senza considerare il contesto in cui la stessa è stata realizzata, poiché in tal modo si finirebbe per non valutare le circostanze e le modalità dell'azione e quindi, in definitiva, per contravvenire all'indicazione normativa.

In tal senso risulta dunque tutt'altro che irrilevante la simultanea detenzione di altro tipo di stupefacente, modalità del fatto che deve essere necessariamente valutata ai fini della sua qualificazione, senza che, come detto, costituisca elemento di per sé ostativo ad una qualificazione giuridica più favorevole. Sarà dunque necessario soppesare se tale circostanza assuma valore assorbente rispetto agli elementi ritenuti espressivi della lieve entità ovvero se questi siano in grado di compensarne la carica negativa o altresì influenzare la valutazione sull'effettiva entità della violazione consumata attraverso la detenzione dell'altra tipologia di stupefacente.

Non può poi in astratto escludersi l'ipotesi che tale valutazione possa portare in alcuni casi a scindere la qualificazione giuridica del fatto anche nel senso di riconoscere che una delle violazioni registrate debba essere ricondotta all'art. 73, comma 5. Ed in tal caso, stante l'elevazione di tale ultima fattispecie a titolo autonomo di reato, non vi è ragione per escludere la possibilità che questo si ponga in concorso formale o in continuazione con uno di quelli previsti dai commi precedenti. Ma non può negarsi che, attesa l'unitarietà del contesto, in concreto l'esito più comune di tale valutazione risulterà quello per cui tutto il fatto nel suo complesso considerato venga o meno ritenuto di lieve entità, configurandosi in tale ultimo caso il concorso tra il reato di cui al primo comma e quello previsto dal quarto comma del citato art. 73.

Non possono essere dunque condivisi i dubbi in proposito espressi dall'ordinanza di remissione circa l'eventualità che, come nel caso del genere, una volta esclusa alla luce della valutazione complessiva la lieve entità del fatto, nel procedere alla determinazione del trattamento sanzionatorio debba qualificarsi come più grave la violazione relativa alla detenzione di un quantitativo minore di stupefacente. Ciò in quanto, si ripete, il concreto disvalore della singola violazione nella situazione considerata non è legata esclusivamente al dato ponderale dello stupefacente detenuto. Considerazione che ovviamente deve valere anche nel senso opposto, per cui l'indice quantitativo non può concentrare negativamente la valutazione sull'offensività del fatto qualora il relativo dato non sia (moti-

vatamente) ritenuto oggettivamente espressivo in tal senso per le sue implicazioni logiche, tali da svalutare il significato eventualmente positivo delle altre circostanze rilevanti del fatto.

14. Da ultima deve essere affrontata la questione – invero solo incidentalmente sollevata dall'ordinanza di remissione – circa la possibilità che la detenzione contestuale di diverse tipologie di stupefacente comunque riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, T.U. stup. dia luogo ad una pluralità di reati in concorso formale (o in continuazione) tra loro.

In definitiva ciò che si assume – come in maniera più esplicita ha affermato la citata sentenza Schiraldi – è che quella richiamata sia una norma mista cumulativa, che avrebbe inglobato in maniera simmetrica la dicotomia delle incriminazioni previste dal primo e quarto comma dello stesso articolo attraverso il rinvio ai “fatti” ivi previsti, prevedendo pertanto due autonome fattispecie incriminatrici.

Si tratta di assunto che non può essere accolto e che invero – seppure in maniera sostanzialmente assertiva – già è stato respinto da un recente filone interpretativo formatosi all'interno della giurisprudenza di legittimità, al quale deve essere data continuità, ancorché con alcune precisazioni (cfr., Sez. 4, n. 36078 del 06/07/2017, Dubini, Rv. 270806; Sez. 3, n. 22398 del 26/01/2018, Allali, Rv. 272997).

Come già ampiamente ricordato, il vigente comma 5 dell'art. 73 prevede un trattamento sanzionatorio unico ed indifferenziato in relazione alla tipologia di stupefacente oggetto delle condotte incriminate in maniera autonoma dalla suddetta disposizione. Se, come sostenuto nell'ordinanza di remissione, la riformulazione in tal senso della norma operata dal d.l. n. 146 del 2013, poteva effettivamente ritenersi coerente alla corrispondente scelta “unificatrice” operata dalla riforma del 2006, non può trascurarsi come il d.l. n. 36 del 2014 – fonte ultima, come già ricordato, del testo vigente della disposizione sia intervenuto successivamente alla più volte citata pronuncia della Corte Costituzionale e, dunque, nella piena consapevolezza della riviviscenza dell'originario testo dell'art. 73, commi 1 e 4. Ciononostante, il legislatore ha ritenuto di confermare l'opzione per il regime sanzionatorio indifferenziato, senza distinguere ciò che invece le altre norme incriminatrici richiamate dallo stesso comma 5 invece distinguono, senza cioè operare riferimento alcuno alla diversa classificazione delle sostanze.

Non solo. L'intervento legislativo del 2014 – come pure si è già ricordato – si è limitato a ridimensionare ulteriormente la comminatoria di pena introdotta solo l'anno precedente, riproponendo però gli esatti limiti edittali previsti nel 1990 per quella che allora era la fattispecie attenuante relativa alle droghe c.d. “leggere”.

La stessa formulazione della disposizione in esame impedisce dunque di ritenere che essa preveda distinte

e differenziate ipotesi di reato in ragione della classificazione tabellare della sostanza oggetto delle condotte incriminate, tanto più che la stessa elevazione della fattispecie ad incriminazione autonoma e la scelta di livellare il trattamento sanzionatorio nel senso indicato, rivelano l'intenzione del legislatore di considerare comunque il fatto, se di lieve entità, in maniera unitaria, anche quando ha ad oggetto sostanze eterogenee. Scelta che appare coerente al concreto disvalore di un fatto che viene considerato, per l'appunto, lieve alla luce di una pluralità di parametri, la cui valutazione positiva ha già evidentemente consentito di non attribuire alla presenza di sostanze di natura diversa un significato particolarmente rilevante.

Nè può essere condiviso quanto osservato in senso contrario nella citata sentenza Schiraldi. Infatti, la L. n. 162 del 1990 – cui come si è detto si deve l'originaria formulazione della norma, recepita, nella parte qui di interesse, anche dal legislatore del 2014 – aveva configurato due differenti fattispecie attenuanti in ragione della diversa natura delle sostanze oggetto delle condotte incriminate nei precedenti commi. Ma non già attraverso il rinvio ai “fatti previsti dal presente articolo”, bensì in forza dell'autonoma differenziazione dei regimi sanzionatori e dell'esplicito riferimento degli stessi alla classificazione tabellare delle sostanze considerate. Dunque, il comma 5 dell'art. 73 prevede un'unica fattispecie incriminatrice, cui consegue la configurabilità di un unico reato quando nel medesimo contesto la condotta realizzata abbia ad oggetto sostanze tabellarmente eterogenee.

15. In conclusione devono essere formulati i seguenti ulteriori principi:

«- il d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, così come riformulato dal d.l. 20 marzo 2014 (convertito con modificazioni dalla L. 16 maggio 2014, n. 79), prevede un'unica figura di reato, alternativamente integrata dalla consumazione di una delle condotte tipizzate, quale che sia la classificazione tabellare dello stupefacente che ne costituisce l'oggetto;

- la detenzione nel medesimo contesto di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee, qualificabile nel suo complesso come fatto di lieve entità ai sensi del d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, integra un unico reato e non una pluralità di reati in concorso tra loro».

16. Passando all'esame dei motivi di ricorso se ne deve rilevare l'inammissibilità.

Generiche e manifestamente infondate si rivelano le censure del ricorrente. Infatti, la Corte territoriale, contrariamente a quanto sostenuto nei motivi d'impugnazione, ha comunque fatto corretta applicazione dei principi sostenuti dall'orientamento giurisprudenziale evocato nel ricorso e qui ribaditi, procedendo in realtà ad una valutazione complessiva degli aspetti del fatto rilevanti ai sensi dell'art. 73, comma 5, T.U. stup. Alla luce di quanto affermato in precedenza, correttamen-

te i giudici dell'appello hanno altresì considerato, con riferimento alla detenzione della cocaina, il contesto complessivo di consumazione della condotta, tenendo conto anche – ma non solo – della simultanea detenzione di quantitativi significativi di altre sostanze. Destituita di fondamento è dunque l'obiezione per cui la sentenza impugnata avrebbe escluso a priori la configurabilità dell'ipotesi di lieve entità soltanto in ragione del riscontrato possesso contestuale di sostanze eterogenee. Ma altresì quella – invero adombrata soprattutto nell'ordinanza di rimessione – per cui i giudici del merito avrebbero fondato la propria decisione sulla base della ritenuta incompatibilità tra la fattispecie di lieve entità ed il ricorso ad una seppure rudimentale organizzazione. Anche sotto questo profilo, la Corte territoriale ha invece legittimamente tenuto conto del dato, posto che il condivisibile principio ricavabile dal comma 6 dell'art. 74 T.U. stup. – e cioè che la predisposizione di un'organizzazione di mezzi non è di per sé incompatibile con l'affermazione della lieve entità del fatto – non comporta l'assoluta irrilevanza della circostanza ai fini della valutazione complessiva del fatto, ma soltanto che la stessa non assume un aprioristico valore negativo assorbente.

Le censure del ricorrente si rivelano altresì generiche, nella misura in cui si limitano ad eccepire in maniera del tutto assertiva la espressività delle circostanze del fatto nel senso della lieve entità del fatto, traducendosi in definitiva nel tentativo di sollecitare il giudice di legittimità ad una rivalutazione del merito della decisione, senza evidenziare effettivi limiti logici della motivazione della sentenza. Nè meno generica è, infine, l'obiezione relativa al difetto di prova autonoma dello svolgimento dell'attività di spaccio nei pressi del bar dove l'imputato è stato sorpreso dagli operanti, circostanza inferita dai giudici del merito in maniera tutt'altro che illogica sulla base degli altri dati fattuali considerati.

17. Alla declaratoria di inammissibilità del ricorso consegue dunque, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e al versamento della somma, ritenuta congrua, di Euro duemila alla cassa delle ammende.

P.Q.M.

(*Omissis*)

\*\*\*Nota a sentenza

#### sommario

1. Premessa: la progressiva emancipazione della fattispecie di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990. – 2. I termini della questione controversa. – 2.1. L'orientamento negativo. – 2.2. La tesi favorevole. – 3. L'intervento delle Sezioni unite 9 novembre 2018, n. 51063: l'unitarietà del fatto di lieve entità. – 4. Gli ulteriori principi espressi dalle Sezioni unite: un *vade-*

*mecum* sul concorso di reati in materia di stupefacenti.  
– 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa: la progressiva emancipazione della fattispecie di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990

La fattispecie di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa, ha vissuto una parabola di crescente emancipazione dal reato base di traffico di stupefacenti.

Sin dalla sua originaria formulazione, ad opera della l. n. 162 del 26 giugno 1990, la figura del fatto di lieve entità mirava ad introdurre una clausola di mitigazione del trattamento punitivo in materia di stupefacenti, al fine di evitare una sproporzione tra il concreto disvalore della condotta e la risposta sanzionatoria.

Si trattava di uno strumento normativo di raccordo, teso ad evitare un'eccessiva divaricazione tra l'impianto repressivo in tema di stupefacenti e la finalità rieducativa e risocializzante della pena; ciò anche in forza della profonda eterogeneità dei fenomeni di spaccio che, difficilmente, si prestano ad essere inquadrati in un unico contenitore legislativo delimitato da limiti edittali predefiniti.

I criteri valutativi della lieve entità del fatto sono rimasti identici fin dalla loro introduzione: mezzi, modalità o circostanze dell'azione, ovvero quantità e qualità delle sostanze; è mutato piuttosto il modo di intendere la fattispecie di cui a comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, passata da semplice attenuante a figura autonoma di reato.

Tale metamorfosi – compiutasi con la modifica normativa introdotta dal d.l. n. 146/2013 – non è stata repentina, bensì frutto di un'interpretazione giurisprudenziale, evolutasi nell'arco di un ventennio, che ha iniziato a guardare al fatto di lieve entità in modo indipendente rispetto alle vicende che hanno interessato il reato base di cui ai primi quattro commi dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90.

In origine, la giurisprudenza si è sforzata di ribadire la natura circostanziale del fatto di lieve entità, nonostante vi fossero opinioni che già ne evidenziavano l'autonomia.

La configurazione quale circostanza attenuante è stata affermata sulla scorta della modifica al testo dell'art. 381 c.p.p., lett. h), operata dal d.l. 8 agosto 1991, n. 247 (convertito dalla L. 5 ottobre 1991, n. 314), in cui la stessa veniva espressamente qualificata in tal senso dal legislatore<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Cass., sez.un., sentenza 31 maggio 1991 n. 9148, in *www.italgiure.it*, secondo cui la norma configura una circostanza attenuante ad effetto speciale, e non un titolo autonomo di reato, essendo correlata ad elementi - i mezzi, la modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze - che non mutano, nell'obiettività giuridica e nella struttura, le fattispecie previste dai primi commi dell'articolo, ma attribuiscono ad esse una mi-

La riforma della L. 21 febbraio 2006, n. 49, di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, ha interessato solo indirettamente la fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, eliminando la distinzione tra “droghe leggere” e “droghe pesanti” in precedenza vigente anche per i fatti di lieve entità<sup>2</sup>.

La novella non ha inciso sui criteri di configurabilità della fattispecie di lieve entità, limitandosi ad un'unificazione del trattamento sanzionatorio nella cornice edittale tra uno a sei anni di reclusione e tra euro 3.000 ed euro 26.000 di multa a prescindere dalla tipologia di sostanza.

È ormai noto che la disciplina degli stupefacenti è stata ridisegnata per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014 che – dichiarando l'illegittimità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter della l. n. 49/2006 – ha ripristinato la normativa previgente, con conseguente reviviscenza del trattamento punitivo differenziato per le condotte aventi ad oggetto droghe pesanti e droghe leggere<sup>3</sup>.

Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità non hanno tuttavia interessato la fattispecie di lieve entità che – *medio tempore* – aveva visto compiersi il suo processo di emancipazione rispetto alla disposizione di cui all'art. 73 commi 1 e 4 d.P.R. n. 309/1990.

Il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, con una modifica ontologica, ha infatti trasformato il fatto di lieve entità in un'autonoma ipotesi delittuosa, sottraendola al regime tipico degli elementi accidentali del reato<sup>4</sup>.

Come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità – pronunciatasi immediatamente dopo la riforma<sup>5</sup> - la mutata veste dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990 emerge da una triplice rilettura dell'istituto: testuale, sistematica e teleologica.

Sotto il primo profilo, occorre valorizzare l'*incipit*

nore valenza offensiva.

<sup>2</sup> Il legislatore aveva originariamente stabilito una forbice sanzionatoria da sei mesi a quattro anni di reclusione, con multa da due milioni a venti milioni di lire, per il caso di condotte aventi ad oggetto sostanze inserite nelle tabelle di classificazione degli stupefacenti II e IV e da uno a sei anni di reclusione, con multa da cinque milioni a cinquanta milioni di lire, per l'eventualità di sostanze invece contemplate nelle tabelle I e III.

<sup>3</sup> VIGANÒ - DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, 27 febbraio 2014, in *Diritto penale contemporaneo*.

<sup>4</sup> MIAZZI, *Il “nuovo” comma V t.u. n. 309/90: dal reato di quantità al reato di condotta?*, in *www.questionegiustizia.it*, 18 gennaio 2016.

<sup>5</sup> Cfr., *ex pluris*, Cass. pen., Sezione 3, sentenza 25 febbraio 2014, n. 11110; Cass. pen., Sezione 6, sentenza 8 gennaio 2014, n. 14288, in *www.italgiureweb.it*. Quest'ultima pronuncia, testualmente afferma che «La nuova “ipotesi lieve” di condotta illecita in tema di sostanze stupefacenti (art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, come modificato dall'art. 2 del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10) deve essere configurata come figura di reato autonoma rispetto a quella delineata dal comma primo dell'art. 73 dpr cit., in base al criterio testuale, a quello sistematico e all'*intentio legis*, non contrastati da decisivi argomenti di segno opposto».

della nuova disposizione contenente una clausola di sussidiarietà espressa «Salvo che il fatto costituisca più grave reato» che presuppone la risoluzione di conflitti apparenti tra norme appartenenti al medesimo rango di autonoma fattispecie incriminatrice, non avendo senso qualora una delle due disposizioni in concorso rivesta natura circostanziale.

Nella medesima ottica deve leggersi l'introduzione lessicale di un soggetto attivo indeterminato «chiunque commette» e di una cornice edittale indipendente rispetto alla fattispecie base, trattandosi di una costruzione normativa tipica delle figure autonome di reato che priva di rilevanza, sotto l'aspetto della qualificazione giuridica, il rinvio *per relationem* alle condotte descritte nel comma primo dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990.

Sotto il profilo sistematico, militano in favore della concezione autonoma della fattispecie di lieve entità, le modifiche che la legge di conversione ha apportato all'art. 380 lett. h) c.p.p. – sostituendo il riferimento alla “circostanza” prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990 con quello ai “delitti” contemplati dalla stessa disposizione – e all'art. 19, comma 5, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, ove nello stabilire le condizioni di applicabilità delle misure cautelari agli imputati minorenni, è stato inserito un riferimento analogo.

Eloquente, infine, è l'interpretazione dell'*intentio legis* desumibile dalla stessa rubrica dell'art. 2 del d.l. n. 146/2013 – che testualmente recita: «Modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità» – nonché da una notazione a carattere storico: la modifica dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990 si colloca nell'ambito di un intervento (operato proprio con il d.l. n. 146/2013) finalizzato alla riduzione del c.d. “sovraffollamento carcerario”, anche a seguito delle denunce sollevate dalle sentenza della Corte EDU nel caso Torreggiani<sup>6</sup>.

Ebbene, una delle principali cause di incremento delle pene detentive era stata individuata nel divieto di subvalenza della recidiva reiterata nel concorso con altre circostanze attenuanti, tra cui certamente rientrava anche la fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90.

Tale inibizione comparativa determinava l'automatica riconduzione della condotte di spaccio commesse dai recidivi reiterati nell'alveo sanzionatorio di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, con un'evidente violazione dei principi di offensività e proporzionalità della pena, costringendo nella sostanza a punire più severamente fatti comunque di lieve entità

<sup>6</sup> Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it).

(accertata secondo i canoni di cui al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990) solo perché commessi da soggetti rientranti nell'art. 99 comma 4 c.p.

L'irrazionalità del sistema non è sfuggita alla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 251 del 15 novembre 2012, ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 69 comma 4 c.p. nella misura in cui non consentiva la prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 sulla recidiva reiterata<sup>7</sup>.

Ecco allora che il passo successivo, finalizzato ad impedire che la disciplina tipica delle circostanze del reato frustrasse la *ratio* mitigatrice della pena dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, non poteva che essere l'elevazione della fattispecie di lieve entità a figura autonoma di reato, sottraendola alle conseguenze del giudizio di bilanciamento delle circostanze nonché ai limiti nel computo del termine prescrizionale (art. 157 c.p.).

La legge 16 maggio 2014, n. 79 si è limitata a modificare il trattamento sanzionatorio dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 riportando la cornice edittale nei limiti originariamente previsti dal legislatore nel 1990 (reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da 1.032 a 10.329 euro), ad ulteriore conferma dell'ormai definitiva emancipazione del delitto di narcotraffico di lieve entità.

Di tale approdo ha dato conto anche la Corte Costituzionale pronunciatisi con sentenza n. 23 dell'11 febbraio 2016.

La Consulta era stata investita della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 73 comma quinto d.P.R. n. 309/90 nella parte in cui non distingueva – analogamente alle fattispecie ordinarie di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 – il trattamento sanzionatorio previsto per i fatti di lieve entità aventi ad oggetto droghe “leggere” rispetto a quello relativo ai fatti di lieve entità aventi ad oggetto droghe “pesanti”<sup>8</sup>.

Nel dichiarare inammissibile l'incidente di costituzionalità, la Corte evidenzia la natura ormai autonomia del reato di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, e tale emancipazione rispetto alle fattispecie ordinarie giustifica una diversa scelta da parte del legislatore.

<sup>7</sup> C. Cost. sentenza n. 251 del 15 novembre 2012, sulla quale, tra gli altri, BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzionalità: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057; NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755.

Sul tema dell'incostituzionalità degli automatismi sanzionatori si veda LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, *Voce de Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani* (dir. da R. GAROFOLI e T. TREU), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2014.

<sup>8</sup> BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, 7 marzo 2016, in *Diritto penale contemporaneo*.

È venuta meno l'esigenza di mantenere una "simmetria sanzionatoria tra i fatti di lieve entità e i fatti non lievi", proprio perché la lieve entità non opera più quale circostanza attenuante delle fattispecie base – che prevedono un trattamento sanzionatorio differenziato in base alla tipologia di sostanze – ma indipendentemente da esse.

Il traffico di lieve entità è strutturalmente diverso rispetto ai delitti di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 e, pertanto, non appare irragionevole che il legislatore abbia voluto prevedere un'unica cornice edittale, prescindendo dal tipo di stupefacente su cui ricade la condotta.

Del resto, la tipologia dello stupefacente rappresenta solo uno dei parametri del reato di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, la cui tipicità è invece delineata da un apprezzamento del disvalore concreto del fatto.

L'autonomia del reato ex art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 viene ribadita anche dalla pronuncia Sezioni unite in commento che, da ultimo, segnano un'ulteriore tappa nella parabola evolutiva dell'istituto.

Illuminante, in proposito, è l'interpretazione che la Corte dà della clausola di sussidiarietà espressa contenuta nell'*incipit* della norma: la fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, quale autonoma figura criminosa, si pone in rapporto di specialità unilaterale con ciascuna delle altre disposizioni incriminatrici, dovendosi individuare l'elemento specializzante nella lieve entità del fatto (desumibile dai criteri indicati dalla norma).

L'utilizzo di una clausola di riserva espressa appare allora improprio attesa la sua antinomia rispetto al criterio di specialità<sup>9</sup>.

Le clausole di sussidiarietà<sup>10</sup> comportano una deroga al principio di cui all'art. 15 c.p., prevenendo un conflitto apparente di norme mediante la predeterminazione di una scala di offensività che impone l'applicazione della fattispecie più grave qualora ne ricorrano i presupposti; e tale gradazione perde di senso qualora il raffronto strutturale tra le due disposizioni incriminatrici riveli la specialità di una di esse, dovendosi privilegiare la norma che risponde più puntualmente alle peculiarità del caso di specie.

Interpretare la clausola di riserva contenuta nell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 secondo il suo significato letterale renderebbe inoperativa la fattispecie di lieve entità, posto che essa trova applicazione proprio quando il fatto, per le sue caratteristiche, non integra gli estremi dei reati più gravi sanzionati dai commi 1 e 4 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90.

Il richiamo al criterio di sussidiarietà risulta tautologico dal momento che la norma mira proprio a

selezionare il trattamento punitivo più proporzionato alla gravità del fatto, non sulla base di una semplice gerarchia rispetto alle disposizioni di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, ma valorizzando gli elementi tipici del fatto di lieve entità che lo rendono autonomo e diverso rispetto alle fattispecie ordinarie.

## 2. I termini della questione controversa

Le Sezioni unite, nella pronuncia in commento, vengono investite della questione inerente la configurabilità della fattispecie di lieve entità nel caso in cui la condotta incriminata abbia ad oggetto sostanze stupefacenti eterogenee.

La Corte, tuttavia, oltre a pronunciarsi su tale quesito coglie l'occasione per sciogliere una serie di nodi problematici inerenti la disciplina degli stupefacenti, così come ridisegnata a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014.

In particolare vengono affrontate tutte le possibili declinazioni del concorso di reati, «crocevia ed intreccio di numerosi profili sistematici e molteplici problematiche»<sup>11</sup>, che nella materia degli stupefacenti rivela tutte le sue complessità applicative.

Prima di affrontare le questioni satellitari su cui si sono espresse le Sezioni unite occorre però analizzare la tematica principale, essendo emerso un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità.

### 2.1. L'orientamento negativo

L'orientamento più risalente escludeva a priori la configurabilità della fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 nei casi di detenzione di sostanze diverse, ritenendosi che l'eterogeneità degli stupefacenti fosse di per sé ostativa ad una valutazione di lieve entità del fatto.

Ricorrente era l'affermazione secondo cui nel caso di detenzione di sostanze di differente tipologia, il fatto non potrebbe essere considerato comunque di lieve entità, anche a prescindere dal dato quantitativo, «trattandosi di condotta indicativa della capacità dell'agente di procurarsi sostanze tra loro eterogenee e, per ciò stesso, di rifornire assuntori di stupefacenti di diversa natura, così da recare un danno non tenue al bene della salute pubblica tutelato dal sistema di incriminazioni previsto dall'art. 73 T.U. stup.»<sup>12</sup>.

La diversità tra le sostanze detenute veniva intesa come un indice negativo assorbente, sulla scorta di un giudizio prognostico del giudice che, dalla detenzione di droghe eterogenee, inferiva la potenziale destinazione ad un numero maggiore di assuntori, con conseguente maggiore pericolosità della condotta per il bene giuridico della salute pubblica.

<sup>9</sup> Sul tema, si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, pp. 462 e ss.

<sup>10</sup> Per approfondimenti, si rinvia a MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2009, p. 429.

<sup>11</sup> L'espressione è di MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 448.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. 4, sentenza 29 settembre 2005, n. 38879 in *www.itgiureweb.it*.

In alcune pronunce<sup>13</sup>, si è addirittura negata la riconducibilità all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 dei casi di detenzione di sostanze diverse appartenenti alla medesima tabella, estendendosi anche a tali ipotesi il ragionamento inferenziale del possibile ampliamento della platea di consumatori e, dunque, della non minima offensività della condotta.

A sostegno della tesi negazionista si adducevano anche considerazioni di carattere soggettivo, desumendosi dalla contestuale detenzione di sostanze diverse la convinzione dell'esistenza di buoni canali di rifornimento per l'agente, il quale, pertanto, esprimeva una pericolosità potenziale tale da escludere la lieve offensività della singola condotta.

La conseguenza di tale impostazione era la configurabilità, nei casi di condotte aventi ad oggetto sostanze diverse, di due diversi reati di non lieve entità eventualmente avvinti dal nesso di continuazione (ciò ovviamente a seguito del ripristino della differenziazione tabellare per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014).

## 2.2. La tesi favorevole

L'opposto orientamento, affermatosi nella giurisprudenza più recente<sup>14</sup>, sostiene che la diversa tipologia di sostanze detenute o cedute non sarebbe un dato necessariamente ostativo alla configurabilità della fattispecie di lieve entità, qualora le peculiarità del caso concreto risultino comunque indicative di una lieve offensività della condotta.

L'applicazione della fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 implica sempre una valutazione complessiva del fatto da parte del giudice di merito che analizzi mezzi, modalità e circostanze dell'azione, qualità e quantità della sostanza, non potendosi escludere a priori la lieve entità di una condotta per il sol fatto di avere ad oggetto droghe diverse.

In altre parole, la minima offensività non può negarsi in forza della eterogeneità delle sostanze detenute qualora tutti gli altri indicatori normativi orientino in tal senso.

Ciò anche in forza di un'interpretazione della norma conforme ai principi costituzionali di offensività e di proporzionalità, che risulterebbero evidentemente frustrati da un'applicazione automatica del trattamento sanzionatorio previsto per le fattispecie ordinarie qualora una condotta – concretamente espressiva di un minor disvalore sociale – abbia ad oggetto sostanze diverse.

Alla base di tale impostazione sostanzialistica si

<sup>13</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. 3, sentenza 09 ottobre 2014, n. 47671 in [www.italggiureweb.it](http://www.italggiureweb.it).

<sup>14</sup> Cfr., tra le ultime, Cass. pen., Sez. 6, sentenza 12 dicembre 2017, n. 8243; Cass. pen., Sez. 6, sentenza 19 dicembre 2017, n. 1428; Cass. pen., Sez. 4, sentenza 13 luglio 2017, n. 49153 tutte in [www.italggiureweb.it](http://www.italggiureweb.it).

staglia anche la concezione autonomistica dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990 che, in qualità di reato autonomo può configurarsi anche in relazione alla detenzione di sostanze eterogenee qualora la dinamica fattuale complessivamente considerata sia espressiva di una minore offensività per i beni giuridici tutelati.

Attesa l'attuale natura giuridica dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, sarebbe erroneo scindere il fatto in due condotte di contestuale detenzione di droghe – pesanti e leggere – di cui valutare la rispettiva lieve entità, poiché si tornerebbe a guardare alla norma sotto forma di circostanza attenuante.

## 3. L'intervento delle Sezioni unite 9 novembre 2018, n. 51063: l'unitarietà del fatto di lieve entità

Le Sezioni unite, con sentenza n. 51063 del 9 novembre 2018, avallano l'orientamento favorevole alla configurabilità della fattispecie di cui all' art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 in caso di condotte che abbiano ad oggetto sostanze stupefacenti diversi.

Alla base del convincimento della Corte si pone la visione unitaria del fatto di lieve entità, la cui applicazione impone sempre una valutazione complessiva di tutti gli elementi caratterizzanti la dinamica delittuosa<sup>15</sup>.

Il giudice è tenuto a vagliare tutte le caratteristiche del caso concreto – utilizzando gli indicatori tipizzati dalla norma – e solo all'esito potrà escludere la configurabilità dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, qualora uno dei suddetti indicatori sia di intensità negativa assorbente nel giudizio di minima offensività del fatto.

Si rileva il passaggio da una valutazione atomistica degli indici di lieve entità a quella unitaria, dovendosi apprezzare il disvalore concreto del fatto complessivamente considerato.

Ne consegue che la lieve entità della fattispecie non può essere automaticamente esclusa qualora uno degli indicatori dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 (mezzi, modalità o circostanze dell'azione, quantità e qualità delle sostanze) assuma valenza negativa, dovendosi piuttosto comparare lo stesso con gli ulteriori criteri normativi.

In altri termini, la configurabilità dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 non richiede che ciascuno degli indici normativi esprima una connotazione di lievità dell'offesa, ma che il fatto, nella sua unitaria valutazione appaia di minima offensività.

Premesso che i criteri indicati dall' art. 73 comma

<sup>15</sup> La necessità di una visione unitaria e complessiva della lieve entità era stata sostenuta dalla giurisprudenza anche prima della trasformazione della fattispecie in reato autonomo.

Eloquente, in tal senso, è quanto espresso dalle Sezioni unite nella sentenza *Rico*, ove si è esclusa l'incompatibilità a priori tra l'aggravante della cessione a minori di cui all'art. 80 d.P.R. n. 309/90 e la lieve entità del fatto (cfr., Cass., sez.un., sentenza 24 giugno 2010, n. 35737, in [www.italggiureweb.it](http://www.italggiureweb.it)).

5 d.P.R. n. 309/90 devono considerarsi cumulativi e non alternativi – non potendosi esimere l'interprete dallo scrutinio di ognuno di essi - il giudizio sulla lieve entità è di carattere sintetico e non analitico, frutto non della sommatoria di indici che devono avere tutti il medesimo segno positivo o negativo, bensì della valutazione comparativa degli stessi.

Il risultato è che nessuno degli indici normativi può assumere a priori valenza negativa assorbente se non all'esito del confronto con tutti gli altri; anche il dato ponderale, che tendenzialmente assume un ruolo essenziale, non può concepirsi di per sé ostativo alla valutazione di lieve entità della condotta, potendo accadere nel caso concreto che esso venga neutralizzato dal valore positivo degli altri indicatori.

Allo stesso modo anche un dato ponderale positivo – nel caso di detenzione di un esiguo quantitativo di stupefacente – non consente automaticamente di ritenere il fatto di lieve entità, qualora le altre circostanze dell'azione, per mezzi o modalità, comparate al primo, esprimano un grado di offensività non tenue.

Tale impostazione è avvalorata dalla *ratio* sottesa all' art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, norma finalizzata ad adeguare il trattamento sanzionatorio alla concretezza della fattispecie, allo scopo di garantire la ragionevolezza della risposta repressiva in materia di stupefacenti.

Ebbene, l'evidenziata funzione risulterebbe frustrata da un'interpretazione asettica della disposizione, che si arresti ad una verifica analitica dei singoli criteri anziché calarsi in una valutazione concreta e complessiva del disvalore della condotta.

Il giudizio sintetico appena descritto conduce ad escludere che la contestuale detenzione di sostanze diverse sia elemento di per sé ostativo alla configurabilità del fatto di lieve entità, potendosi giungere a tale conclusione solo all'esito della comparazione con tutti gli altri indicatori tipizzati dalla norma.

A sostegno di tale soluzione milita l'interpretazione letterale e sistematica della norma: sotto il primo aspetto, la disposizione utilizza una declinazione al plurale nel descrivere la condotta di lieve entità (facendo riferimento al termine "sostanze"); sotto il secondo, l'avvenuta trasformazione dell' art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 in reato autonomo lo ha reso indipendente dalle fattispecie ordinarie, con la conseguenza che se la contestuale detenzione non lieve di sostanze diverse da vita ad un concorso di reati (a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014), analoga conclusione non appare automatica nel caso di fatti di lieve entità.

Infine, la Suprema Corte, confuta la presunzione alla base della tesi negativa, secondo cui la detenzione di sostanze diverse sarebbe espressione di un più significativo inserimento dell'agente nell'ambiente criminale dedito al traffico di stupefacenti: tale argomentazione rivela una petizione di principio, che ben

può essere superata dalla valorizzazione concreta di tutti gli altri indicatori della lieve entità qualora essi abbiano segno positivo.

#### 4. Gli ulteriori principi espressi dalle Sezioni unite: un *vademecum* sul concorso di reati in materia di stupefacenti

Al di là del principio appena esaminato, la pronuncia in commento merita particolare attenzione per gli ulteriori corollari enunciati, dettando un vero e proprio *vademecum* sul concorso di reati in tema di stupefacenti.

La Corte, con intenzioni risolutive, affronta tutte le possibili declinazioni dello scivoloso rapporto tra unità e pluralità di reati che – nella materia di cui al d.P.R. n. 309/90 – mostra tutta la sua problematicità.

Ciò anche a causa del peculiare reticolo di incriminazione di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/90, strutturato sotto forma di norma mista cumulativa, secondo una disposizione che prevede più norme incriminatrici autonome cui corrispondono distinte fattispecie di reato.

Ognuno dei primi cinque commi contiene invece una norma a più fattispecie, atteso che negli stessi vengono tipizzate modalità alternative di realizzazione di un medesimo reato, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità che esclude la configurabilità di una pluralità di reati nel caso di realizzazione da parte dello stesso agente, nel medesimo contesto e con riguardo allo stesso oggetto materiale, di più condotte tra quelle descritte dalle singole disposizioni.

Si osserva in primo luogo che, nell'ipotesi di condotte che abbiano ad oggetto sostanze appartenenti alla medesima tabella, si configura sempre un unico reato, a prescindere dalla lieve entità del fatto.

L'eventuale eterogeneità tra stupefacenti che rientrano nella medesima tabella non determina un frazionamento dell'unica condotta delittuosa in una pluralità di reati, salvo naturalmente il caso in cui si tratti di azioni poste in essere in tempi diversi; è evidente che qualora tra le condotte tipizzate dal comma primo dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 non vi sia contestualità, si configurerà un concorso materiale tra reati aventi ad oggetto la rispettiva sostanza.

L'unitarietà del reato, a fronte della detenzione o cessione contestuale di sostanze diverse ma appartenenti alla medesima tabella, discende dalla tecnica di tipizzazione della fattispecie: il legislatore, infatti, propende per una nozione normativizzata di stupefacente e non naturalistica, con la conseguenza che anche sostanze di fatto eterogenee siano considerate identiche qualora catalogate in tal senso dal sistema tabellare.

Diversamente – a seguito della reviviscenza della bipartizione tra droghe "pesanti" e droghe "leggere" per effetto della pronuncia della Corte Costituzionale n. 32/2014 – le condotte che abbiano ad oggetto sostanze tabellarmente diverse, ancorché contestuali,

realizzano un concorso reale tra reati, salvo che la dinamica fattuale complessiva sia sussumibile nell'ipotesi di lieve entità di cui al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90.

L'ipotesi di contestuale detenzione di droghe diverse – a fronte dell'unicità della condotta – non dev'essere tuttavia ricondotta al fenomeno della continuazione, bensì deve considerarsi integrato un concorso formale tra i reati corrispondenti alla detenzione di ciascuna sostanza appartenente alle diverse tabelle.

Tale precisazione si rivela fondamentale, poiché la riconduzione della condotta al comma primo dell'art. 81 c.p., anziché al suo capoverso, esime il giudice dall'accertamento del medesimo disegno criminoso, potendo applicare il cumulo giuridico sulla base della sola constatazione dell'esistenza di un'unica condotta.

Quanto alla configurabilità di un concorso tra le fattispecie di cui ai commi primo e quarto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 e quella di cui al comma quinto, si osserva che esso può manifestarsi certamente in caso di condotte consumate in contesti diversi e che non abbiano ad oggetto il medesimo quantitativo di stupefacente o una sua frazione.

In tale evenienza si verifica una pluralità di episodi delittuosi, potenzialmente avvinti dal vincolo della continuazione, qualora si accerti la loro riconducibilità ad un medesimo disegno criminoso e ciò anche a prescindere dall'omogeneità o eterogeneità delle sostanze.

Nell'ipotesi in cui invece le diverse condotte (es. detenzione e trasporto, detenzione e cessione) siano realizzate nel medesimo contesto spazio temporale ed abbiano ad oggetto sostanze omogenee, risulterà integrato un unico reato, attesa la costruzione dei singoli commi dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 come norma mista alternativa.

Al contrario, come già anticipato, la diversità delle sostanze esclude la configurabilità di un unico reato in caso di contestualità delle condotte, a meno che il fatto, complessivamente considerato, non appaia di lieve entità ai sensi dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90.

Infine, occorre chiarire che – nel caso di contestuale detenzione di sostanze diverse – non è possibile scindere la condotta di reato in due autonome fattispecie ex art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, eventualmente in concorso o in continuazione tra loro.

Si tratterebbe di un'operazione ermeneutica contrastante con gli stessi criteri normativi del fatto di lieve entità, non tenendo in adeguato conto l'indicatore delle modalità e delle circostanze dell'azione; in altre parole, se la valutazione della condotta di detenzione di varie sostanze non consente di ritenere l'intero fatto di lieve entità, non può parcellizzarsi la dinamica fattuale in altrettante subcondotte di lieve entità, poiché la fattispecie ex art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 impone sempre di guardare all'episodio nella sua globalità.

È possibile invece immaginare un concorso tra più

fatti di lieve entità, o tra uno di essi e reati di cui ai commi uno e quattro del d.P.R. n. 309/90, qualora tra le diverse condotte non vi sia contestualità spazio temporale, venendo meno così quell'unicità del fatto che impone un giudizio di offensività globale.

## 5. Considerazioni conclusive

La sentenza delle Sezioni unite oltre a segnare, in ordine di tempo, l'ultimo approdo della parabola evolutiva che ha interessato la fattispecie di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 si pone perfettamente in linea con le recenti tendenze del diritto penale sostanziale.

La progressiva emancipazione del fatto di lieve entità dalle figure ordinarie disciplinate dai primi quattro commi dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 ne consente un'interpretazione pienamente autonoma, non più vincolata dal ruolo ancillare derivante dalla precedente configurazione come circostanza attenuante.

Ecco allora che la fattispecie mostra tutta la sua duttilità, essenziale per realizzare la funzione mitigatrice del trattamento sanzionatorio in materia di stupefacenti che le è stata assegnata dal legislatore.

Il fatto di lieve entità è divenuto un contenitore ampio e malleabile, capace di racchiudere tutte quelle condotte di narcotraffico che esprimano un disvalore concreto per il quale la risposta punitiva dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 appare sproporzionata; ciò in coerenza con un diritto penale che fa sempre più perno sui principi di offensività e proporzionalità della pena che, nell'attuale assetto ordinamentale, hanno guadagnato un ruolo equivalente agli assiomi tradizionali.

Nell'assolvere tale compito, la fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90 assurge a modello tipologico indipendente, dovendosi considerare la stessa come l'esito di un percorso normativo e giurisprudenziale che ha portato alla tipizzazione del delitto di "piccolo spaccio", diverso rispetto alle figure ordinarie di traffico di stupefacenti.

L'approdo si coglie anche analizzando la nozione di "lieve entità" delineata dalla norma che non si limita più a descrivere una forma attenuata di condotte analoghe a quelle previste dai primi quattro commi dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, ma circoscrive un fatto tipico autonomo, i cui elementi costitutivi denotano una tipizzazione sostanzialistica.

I contorni della figura criminosa di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 sono delineati dalla valutazione dei criteri normativi della quantità e qualità delle sostanze, dei mezzi, delle circostanze e modalità della azione che congiuntamente disegnano i confini della lieve entità dello spaccio.

È evidente che tale tecnica di tipizzazione si presta a profili di debole tassatività e determinatezza, ma si tratta di una soluzione interpretativa obbligata, soprattutto alla luce della normativa vigente e della *ratio* della disposizione: se infatti il fatto tipico del delitto

to ex art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 è costruito attorno ad un giudizio di disvalore concreto, appare inevitabile il ricorso a criteri duttili ed ampi, nonché astrattamente vaghi.

Solo il raffronto con le peculiarità del fatto empirico riempie di contenuto le clausole normative di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, superando quella genericità di formulazione consequenziale all'eterogeneità dei fenomeni delittuosi che vi confluiscono.

L'area di tipicità dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 è perimetrata dal giudizio di concreta offensività del fatto, derivante, come evidenziato dalle Sezioni unite nella pronuncia in commento, dalla valutazione comparativa tra tutti gli indici normativi, escludendo che ciascuno di essi possa avere a priori valenza assorbente in senso positivo o negativo.

È un giudizio affatto nuovo per il diritto penale, non apparendo dissimile a quello che si effettua per il bilanciamento tra le circostanze concorrenti, dovendo il giudice soppesare la prevalenza degli elementi che rispettivamente acquiscono o attenuano la gravità del fatto di reato.

La vera novità è che da tale giudizio dipende la stessa tipicità del reato di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90, ricalcando uno schema di incriminazione basato sul grado di offensività della condotta già presente in altre fattispecie del codice penale<sup>16</sup>.

Il contrappeso di tale impostazione viene individuato dalle Sezioni unite nell'obbligo di motivazione: «è parimenti necessario che il percorso valutativo così ricostruito si rifletta nella motivazione della decisione, dovendo il giudice, nell'affermare o negare la tipicità del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, T.U. stup., dimostrare di aver vagliato tutti gli aspetti normativamente rilevanti e spiegare le ragioni della ritenuta prevalenza eventualmente riservata a solo alcuni di essi».

In quest'ottica, la clausola di sussidiarietà contenuta nell'*incipit* dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/90 trova una sua utilità, potendosi interpretare la stessa non alla stregua di un criterio di risoluzione di un conflitto apparente di norme (già risolto dal principio di specialità), ma quale onere motivazionale che, nei casi di confine, impone al giudice di illustrare le ragioni per le quali escludere o riconoscere la lieve entità del fatto rispetto alle fattispecie ordinarie.

Quanto ai rapporti tra le diverse fattispecie che compongono l'art. 73 d.P.R. n. 309/90 si rileva che la norma, così come interpretata dalla Suprema Corte, presenta una struttura complessa: emerge una relazione di incompatibilità tra i primi tre commi ed

<sup>16</sup> Si vedano, ad esempio, l'art. 648 comma 2 c.p. o l'art. 609 bis comma 3 c.p. Sul tema specifico delle cc.dd. "circostanze indeterminate", facenti riferimento al concetto di "lieve entità", si veda nella manualistica FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2014, p. 437.

il quarto, ed una relazione di specialità tra i primi quattro e il comma quinto.

Avendo a mente tale impostazione ermeneutica è possibile allora di sciogliere tutti i nodi problematici inerenti il concorso di reati che si manifestano nella prassi applicativa, consegnando agli interpreti una bussola con cui orientarsi nell'intricata materia del traffico di stupefacenti.

Più difficile appare invece la risoluzione della questione dell'unità o pluralità di reati, nel caso di diverse condotte rientranti nelle stesse fattispecie.

Le Sezioni unite utilizzano il criterio del "medesimo contesto spazio-temporale" seguendo una concezione forse più a base naturalistica dell'azione che a base normativa<sup>17</sup>, in linea con le coordinate già espresse dalla giurisprudenza nazionale ed europea<sup>18</sup> in altri ambiti.

Come evidenziato dalla Corte Costituzionale con sentenza del 21 luglio 2016, n. 200<sup>19</sup> – pronunciatasi in tema di *ne bis in idem* e concorso formale – per valutare l'unicità del fatto non si può prescindere dall'analisi del dato storico, aprendo così le porte ad un approccio empiristico che riecheggia anche nella pronuncia in commento.

L'unità o pluralità di reati di traffico di stupefacenti dipende dalla collocazione delle condotte eterogenee (es. detenzione e cessione; trasporto e cessione; detenzione e trasporto) nel medesimo contesto spazio-temporale.

Non può negarsi che tale concetto risulta astrattamente indeterminato, ma può trovare sufficiente precisione nella dialettica con il caso concreto.

Pertanto, appare utile immaginare degli esempi ricorrenti nella prassi applicativa.

Sgombrato il campo dalle ipotesi di agevole risoluzione, qualora la diversità del contesto spazio-temporale emerga nitidamente (si pensi alle condotte di detenzione e trasporto attuate in giorni e per carichi diversi), occorre analizzare le dinamiche poste al confine tra l'unità e la pluralità di reati.

Si può affermare che la cessione assorba la detenzione qualora abbia ad oggetto la medesima sostanza o una sua porzione e le condotte si manifestino senza soluzione di continuità, come accade nel caso dello

<sup>17</sup> Sul tema si veda BERNARDONI, *Stupefacenti di qualità diversa e lieve entità: un passo avanti delle Sezioni Unite nel chiarimento dei rapporti tra le varie ipotesi di narcotraffico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 novembre 2018.

<sup>18</sup> cfr. Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009 *Zolotukhine c. Russia*; Corte EDU Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, entrambe in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it).

<sup>19</sup> Con la sentenza n. 200/2016, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), la Consulta ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale».

spacciatore che venga colto nell'atto della cessione e detenga altro stupefacente sulla propria persona o nelle immediate vicinanze.

Viceversa qualora la cessione e la detenzione abbiano ad oggetto sostanze, anche appartenenti alla medesima tabella ma eterogenee tra loro, è possibile immaginare un concorso di reati; si pensi al caso dello spacciatore colto nell'atto di cessione di una dose di cocaina che detenga presso la propria abitazione situata a distanza dalla piazza di spaccio sostanza del tipo "crack".

In definitiva questi pochi esempi danno il senso di una soluzione necessitata cui sono giunte le Sezioni unite, non potendo non tener conto della direzione empiristica verso cui si sta orientando il moderno diritto penale, senza tuttavia tralasciare la consolidata concezione a base normativa della condotta che si raccorda alle dinamiche fattuali concrete mediante l'elastico criterio della contestualità spazio-temporale.

## Legge n. 242/2016 e difficoltà applicative.

*Nota a Corte di Cassazione, Sezione sesta, 27 novembre 2018, n. 56737*

### abstract

*In this judgment, the Supreme Court, Sixth Section, established that, due to the introduction of Law n. 242/2016, cannabis sativa L remains in the “narcotic substances” category, in any form it can be found and in any substance it can be contained. The lawfulness of the cultivation of Cannabis sativa L., does not imply an implicit acknowledgment of the conducts of possession and the disposal of the derived products which continue being under the d.P.R. n. 309/90 regime.*

### keywords

*Narcotic substances – L. n. 242/2016 – d.P.R. n. 309/90 – Lawfulness of the cultivation – Cannabis light – Detention – Illegal marketing.*

### abstract

*Nella sentenza in commento, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione ha stabilito come, anche alla luce dell'introduzione della L. n. 242/2016, la cannabis sativa L permanga nella categoria delle sostanze stupefacenti, in qualunque variante essa si presenti e in tutti i preparati che la contengono.*

*La liceità della coltivazione della Cannabis sativa L, difatti, non implica un riconoscimento implicito delle condotte di detenzione e cessione dei derivati che, di conseguenza, continuano ad essere sottoposte al regime di cui al d.P.R. n. 309/90.*

### parole chiave

*Sostanze stupefacenti – L. n. 242/2016 – d.P.R. n. 309/90 – Liceità della coltivazione – Cannabis light – Detenzione – Commercializzazione.*

### Liceità della coltivazione – Cannabis light – Detenzione – Commercializzazione

*La cannabis sativa L, in quanto contenente il principio attivo Delta-9-THC, presenta natura di sostanza stupefacente sia per la previgente normativa che per l'attuale disciplina, costituita dall'art. 14 d.P.R. 9 ottobre*

*1990, n. 309, come modificato dall'art. 1, comma terzo, d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, in cui l'allegata tabella II prevede solo l'indicazione della Cannabis, comprensiva di tutte le sue possibili varianti e forme di presentazione, e riferibile a tutti i preparati che la contengano, rendendo così superfluo l'inserimento del principio attivo Delta-9-THC. L'introduzione della legge 2 dicembre 2016 n. 242 che, stabilendo la liceità della coltivazione della cannabis sativa L per finalità espresse e tassative, non prevede nel proprio ambito di applicazione quello della commercializzazione dei prodotti di tale coltivazione costituiti dalle infiorescenze (marijuana) e dalla resina (hashish) e – pertanto – non si estende alle condotte di detenzione e cessione di tali derivati che continuano ad essere sottoposte alla disciplina prevista dal d.P.R. n. 309/90, sempre che dette sostanze presentino un effetto drogante rilevabile.*

*Cass., Sezione Sesta, sentenza 27 novembre 2018, dep. 17 dicembre 2018, n. 56737*

*Pres. Petruzzellis, Est. Capozzi*

*(Omissis)*

### RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza in epigrafe, a seguito di istanza di riesame proposta dall'indagato R.R., il Tribunale di Forlì ha confermato il decreto emesso dal Pubblico Ministero presso lo stesso Tribunale con il quale è stata disposta la convalida ai sensi dell'art. 355 c.p.p., comma 2, del sequestro probatorio effettuato dalla p.g. in relazione al reato di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, artt. 73 e 80, di sostanze stupefacenti (marijuana ed hashish) rinvenute presso i locali della “CB Weed s.r.l.” di (OMISSIS) ed oggetto della attività commerciale da questa svolta.

2. Avverso la ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il difensore del R. deducendo con unico motivo violazione di legge e vizio della motivazione in ordine alla sussistenza del *fumus commissi delicti*.

La “CB Weed s.r.l.” ha prodotto alla P.G. operante

- e, successivamente, al P.M. prima della convalida – le analisi e le controanalisi su ciascuno dei lotti, poi sottoposti a sequestro, che dimostravano la perfetta liceità di tutta la sostanza sequestrata alla società – rientrando nelle previsioni di cui alla L. n. 242 del 2016, che ha escluso dall’ambito di operatività del d.P.R. n. 309 del 1990, la pianta agricola denominata *Cannabis Sativa*, legale – in relazione alla quale risultava un valore di THC inferiore allo 0,6%. In relazione a tale produzione documentale alcuna considerazione era rinvenibile nel decreto di convalida, pertanto, nullo per assenza del *fumus delicti* e mancanza della motivazione.

La motivazione resa dal Tribunale risulta, inoltre, meramente apparente in assenza di qualsiasi valutazione in ordine ai motivi di riesame fondati sulla comparazione tra il dato normativo ed i risultati delle analisi tossicologiche prodotte che portano a qualificare la sostanza quale *Cannabis sativa* legale, risultando lecita la detenzione di tutta la sostanza sequestrata.

L’assunto in ordine alla emergenza degli elementi indiziari non ha nulla a che vedere con la “CB Weed s.r.l.”, posto che eventuali irregolarità riguardano società da questa distinte e con le quali non ha alcun rapporto o relazione commerciale.

Risulta evidente, secondo il ricorrente, la non corrispondenza del fatto contestato alla fattispecie di reato ascritta di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, artt. 73 e 80, rispetto agli indagati che esercitano legittimamente l’attività di commercio di piante, fiori ed altro. L’assunto della P.G., che cita il decreto del Ministero della Salute in data 18.10.2017, si fonda sulla non inclusione in tale provvedimento della società “Moonlight S.r.l.” che è assolutamente estranea alla “CB Weed s.r.l.” che commercia esclusivamente Cannabis Sativa L, esclusa espressamente dall’applicazione del d.P.R. n. 309/90 e non soggetta a restrizioni di commercializzazione in ragione delle particolari caratteristiche organolettiche della medesima e dei ridotti principi attivi che può produrre. Le stesse bolle doganali dimostrano il passaggio della sostanza di cui è comprovata la liceità in ragione della presenza di tracce di principi attivi ai limiti tra lo 0,2 e lo 0,6 introdotti dalla L. n. 242 del 2016, ed anche l’ulteriore indagine tossicologica consentita alla difesa ha comprovato l’assunto.

Si censurano, ancora, le modalità di esecuzione della perquisizione effettuata dalla p.g. inammissibilmente estesa al magazzino della CB Weed in ordine alla quale eccezione nessuna considerazione è stata svolta dalla ordinanza impugnata. Si osserva, infine, che la L. n. 242 del 2016, art. 4, consente anche controlli da parte della p.g. ma non consente, senza distinzioni, che l’A.G. possa disporre il sequestro e la distruzione della sostanza, qualora siano stati rilevati valori di THC inferiori allo 0,6%.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

2. Deve essere ricordato che il ricorso per cassazione contro ordinanze emesse in materia di sequestro preventivo o probatorio è ammesso solo per violazione di legge, in tale nozione dovendosi comprendere sia gli “errores in iudicando” o “in procedendo”, sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l’apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e quindi inidoneo a rendere comprensibile l’itinerario logico seguito dal giudice (sez. un., n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692 - 01).

3. Osserva la Corte che l’ordinanza impugnata ha motivato in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti il sequestro. In particolare, ha ritenuto sussistente la motivazione della disposta convalida con riferimento al rinvio della nota di p.g. n. (OMISSIS) il cui contenuto consente di individuare il percorso logico argomentativo seguito dall’organo inquirente in ordine alla sussistenza dei presupposti di legge. L’attività nei confronti della CB Weed s.r.l. di Forlì si era sviluppata a seguito del rinvenimento presso una tabaccheria di (OMISSIS) di confezioni di marijuana analoghe a quelle rinvenute in possesso di giovani e che avevano fatto registrare – a seguito di analisi – un valore di principio attivo pari allo 0,7% a fronte dello 0,46% indicato nell’etichetta. Unitamente a dette confezioni, nella tabaccheria, sono state rinvenute altre confezioni della medesima sostanza stupefacente riconducibili alla predetta CB Weed s.r.l. di Forlì (v. pg. 4 del provvedimento impugnato). La perquisizione svolta presso la predetta ditta non aveva consentito di rinvenire documentazione in ordine a rapporti commerciali con la tabaccheria abruzzese ma consentiva di rinvenire – in un locale – gr. 52,257 di marijuana e 145 grammi di hashish e – in altro locale – gr. 165 di marijuana e 14 grammi di hashish.

Alla analoga deduzione difensiva il Tribunale, nel rimarcare il collegamento tra quanto rinvenuto nella tabaccheria e la ditta dell’indagato, ha ritenuto giustificato il vincolo apposto sulla base della necessità di verificare la precisa corrispondenza della marijuana sequestrata alla specie di canapa legalmente commerciabile ai sensi della L. n. 242 del 2016, nonché, se anche così fosse, il rispetto del limite di principio attivo posto dall’art. 4 della medesima legge, dal momento che il superamento ai sensi dei commi 5 e 7 della citata disposizione consente alla A.G. di disporre la distruzione. Quanto alle modalità esecutive del sequestro il Tribunale ha risposto osservando – da un lato – che le diverse finalità della disciplina della L. n. 242 del 2016, lasciano impregiudicati i poteri di intervento della p.g. e – dall’altro – l’assenza di sanzioni processuali a riguardo. Il Tribunale ha, infine, censurato l’approccio difensivo volto a proporre questioni

riguardanti la responsabilità dell'indagato, esulante dai limiti di controllo incidentale.

4. Ritieni il Collegio che – nei richiamati i limiti in cui è ammesso il ricorso in cassazione nella materia de qua – il provvedimento reso dal Tribunale del riesame resiste al ricorso sia in relazione al ritenuto *fumus delicti* – ancorché per le più radicali ragioni che si andranno ad esporre nell'ambito dell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 619 c.p.p., che alla esigenza probatoria connessa al vincolo apposto.

5. Quanto al *fumus delicti*, la Corte ritiene tutt'ora valido il principio espresso da Sez. 6, n. 46074 del 08/10/2015, Gulli e altri, Rv. 265519 secondo il quale la cannabis sativa L, in quanto contenente il principio attivo Delta-9-THC, presenta natura di sostanza stupefacente sia per la previgente normativa che per l'attuale disciplina, costituita dal d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 14, come modificato dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, art. 1, comma 3, convertito dalla L. 16 maggio 2014, n. 79, in cui l'allegata Tabella II prevede solo l'indicazione della Cannabis, comprensiva di tutte le sue possibili varianti e forme di presentazione, e riferibile a tutti i preparati che la contengano, rendendo così superfluo l'inserimento del principio attivo Delta-9-THC. In motivazione è stato affermato che “è destituita di fondamento anche la tesi secondo cui l'attuale disciplina, costituita dall'art. 14 del Testo Unico sugli stupefacenti (Criteri per la formazione delle tabelle) come modificato dal D.L. 20 marzo 2014, n. 36, art. 1, comma 3, convertito in L. 16 maggio 2014, n. 79, non contempli la *Cannabis sativa L* tra le sostanze psicotrope, confermando la pretesa scelta legislativa di non averla mai espressamente indicata nelle previgenti tabelle. Vale, infatti, in primo luogo rilevare che all'art. 14, suo comma 1, lett. b), n. 1), contempla espressamente la *cannabis* (senza ulteriori specificazioni) e i prodotti da essa ottenuti; al suo comma 4 l'articolo stabilisce poi che le sostanze e le piante di cui al comma 1 lett. a) e b), sono soggette alla disciplina del presente testo unico anche ove si presentino sotto ogni forma di prodotto, miscuglio o miscela. Va anche ricordato che – come evidenziato pure dalla sentenza sez.un. n. 29316 del 26 febbraio 2015 sul tema dell'inserimento in tabella del Nandrolone – la normativa del 2014 introduce, con riferimento alle tabelle I, II, III e IV, l'inedita dizione di «preparazioni contenenti le sostanze di cui alla presente lettera, in conformità alle modalità indicate nella tabella dei medicinali di cui alla lett. e)», volta in effetti a chiudere il cerchio delle possibili utilizzazioni delle predette sostanze sotto forma di preparati che le contengano. In conformità alle citate previsioni, la vigente tabella II si limita, perciò, a indicare la denominazione comune della sostanza (*cannabis*), da intendere con riferimento a tutte le sue possibili varianti (Indica, Sativa L, etc.), alle diverse forme di presentazione (foglie e infiorescenza, olio e resina) e

a tutti i preparati che la contengano: in tale prospettiva l'omessa menzione specifica del Delta-9-THC o tetraidrocannabinolo appare giustificata in quanto superflua e non suona per nulla come conferma di un preteso mancato di inserimento del principio tra le sostanze psicotrope nelle tabelle previgenti alla L. n. 49 de 2006. Detto altrimenti, a dispetto delle tormentate vicende che hanno interessato la disciplina precettiva e sanzionatoria di base, non si è mai data soluzione di continuità nella rilevanza penale delle condotte di traffico illecito di sostanze contenenti tetraidrocannabinoli o Delta-9-THC, principio attivo oggi non più espressamente indicato nella vigente Tabella II allegata al Testo Unico sugli stupefacenti per la semplice ragione che tutte le specie di *Cannabis*, nessuna esclusa, sono assoggettate alla disciplina di settore.”.

Secondo l'orientamento che qui si prospetta si pongono due decisioni intervenute successivamente alla L. n. 242 del 2016.

Con la prima resa da Sez. 4 n. 34332 del 13.6.2018, Durante (non massimata) – in materia di sequestro probatorio – è stata evidenziata come «la coltivazione di canapa ad uso agroindustriale... è esplicitamente dalla medesima legge corredata di salvezze – con riferimento al testo Unico sugli stupefacenti – di limitazioni agli utilizzi indicati dall'art. 2. In particolare per quanto riguarda l'utilizzo volto ad ottenere “alimenti e cosmetici” è stato corredata della precisazione “prodotti esclusivamente nel rispetto delle discipline dei rispettivi settori”..., essendo chiaro dal tenore delle norme che destinatario del margine di tolleranza fissato tra lo 0,2 e 0,6% è l'agricoltore».

Con successiva decisione Sez. 6 n. 52003 del 10.10.2018 n. 52003, Moramarco (non massimata) – pure in materia di sequestro probatorio ha affermato che non opera la esenzione di responsabilità, anche penale, prevista dall'art. 4, commi 5 e 7, della predetta legge in caso di superamento del limite dello 0,6% (così meglio intesa la indicata percentuale indicata) in quanto riferita al solo agricoltore che abbia impiantato una coltivazione di canapa e solo qualora lo stesso abbia rispettato le prescrizioni della relativa legge, non rinvenendosi alcuna indicazione testuale proveniente dalla predetta legge in ordine alla estensione della esenzione della responsabilità – prevista per il solo agricoltore – a tutta la filiera di coloro che acquistano e rivendono al minuto le sostanze con un principio attivo superiore allo 0,6%.

6. Ritieni questo Collegio che l'orientamento già espresso con la decisione del 2015 non può ritenersi superato dalla sopravvenuta L. n. 242 del 2016, la quale non ha affatto reso lecita la commercializzazione della marijuana e dell'hashish.

Come è noto, la marijuana è una sostanza psicoattiva contenente il principio attivo THC; secondo l'uso comune, per *marijuana* si intendono le infiorescenze

delle piante femminili essiccate e conciate per essere fumate; dalle infiorescenze si ricava anche una particolare resina, solida o collosa, comunemente denominata hashish.

Già con il Testo unico in materia di stupefacenti il legislatore – nel determinare le coltivazioni e le produzioni vietate ai sensi dell'art. 26 così come modificato dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, art. 1, comma 4, convertito con modificazioni, nella L. 16 maggio 2014, n. 79, – nel vietare nel territorio dello Stato la coltivazione delle piante comprese nelle tabelle I e II di cui all'art. 14, ha escluso espressamente dal divieto «la canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali».

La L. n. 242 del 2016, secondo le dichiarate finalità espresse dall'articolo 1, «reca norme per il sostegno e la promozione della coltivazione e della filiera della canapa (*Cannabis sativa* L.), quale coltura in grado di contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura, alla riduzione del consumo dei suoli e della desertificazione e alla perdita di biodiversità, nonché come coltura da impiegare quale possibile sostituto di colture eccedentarie e come coltura da rotazione» e riguarda testualmente – secondo l'art. 1, comma 2 – le coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'art. 17, della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, – tra le quali rientrano le 62 varietà di *cannabis sativa* L – che, pertanto, sono escluse dall'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti.

In particolare, l'ambito di liceità della coltivazione delle dette varietà di canapa, secondo l'art. 2 della legge (“liceità della coltivazione”) – che può avvenire senza autorizzazione (comma 1) – è determinato in relazione alla possibilità di ottenere (comma 2):

- a) alimenti e cosmetici prodotti esclusivamente nel rispetto delle discipline dei rispettivi settori;
- b) semilavorati, quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti, per forniture alle industrie e alle attività artigianali di diversi settori, compreso quello energetico;
- c) materiale destinato alla pratica del sovescio;
- d) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia;
- e) materiale finalizzato alla fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati;
- f) coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati;
- g) coltivazioni destinate al florovivaismo.

7. Tra le finalità che rendono lecita la coltivazione della canapa, non è quindi previsto il commercio delle infiorescenze (*marjuana*) nè della resina (*hashish*) e la legge in questione, inoltre, stabilisce il rapporto fra questa *cannabis* legale e il principio attivo THC che

comunque essa contiene (art. 4, comma 5, della legge): la percentuale di THC non deve superare lo 0,2% e quella nelle piante analizzate potrà oscillare dallo 0,2% allo 0,6% senza comportare responsabilità per l'agricoltore. Nel caso in cui la percentuale di THC dovesse superare la soglia dello 0,6% (art. 4, comma 7, della legge) l'autorità giudiziaria può disporre il sequestro o la distruzione della coltivazione, ma anche in questo caso “è esclusa la responsabilità dell'agricoltore”. A tal riguardo, deve essere osservato che la previsione della sequestrabilità delle piante in cui si rinviene una percentuale di THC superiore allo 0,6% non ha determinato la ridefinizione, ad opera della L. n. 242 del 2016, della natura di stupefacente dei derivati della coltivazione – e perciò inducendone la liceità qualora la presenza di tale principio rimanga nell'ambito dello 0,6%. Essa, invero, si riferisce esclusivamente alle coltivazioni in atto e non ai suoi prodotti ed è stata evidentemente prevista per assicurare che le finalità agroindustriali disciplinate della medesima L. n. 242 del 2016, non comportino pericoli correlati alla circolazione di sostanze contenenti principi di natura psicotropa presenti nelle piante di canapa.

Pertanto, questa Corte ritiene che la L. n. 242 del 2016, non ha comportato la ridefinizione dell'ambito di liceità delle diverse condotte di detenzione e cessione della marijuana e dell'hashish quali derivati dalle coltivazioni di *cannabis sativa* L, le cui finalità sono definite espressamente e tassativamente dalla L. n. 242 del 2016, art. 2, comma 2, non potendosi estendere tale ambito alle predette condotte, oggettivamente e soggettivamente diverse, che rientrano nella disciplina penale prevista dal d.P.R. n. 309 del 1990, che non risulta raggiunta da alcuna abrogazione espressa al riguardo. Deve, inoltre, rilevarsi che gli appositi controlli previsti dalla legge del 2016 proprio con riguardo al tasso di THC sono relativi a quello presente nelle piante in coltivazione e non nei prodotti finiti, e incidenti esclusivamente sulla posizione dell'agricoltore non potendosi – pertanto – neanche per questa via stabilirsi una interferenza della L. n. 242 del 2016, con la disciplina delle citate condotte di detenzione e cessione oggetto del T.U. in materia di stupefacenti.

8. Deve essere formulato il seguente principio di diritto:

«La *cannabis sativa* L, in quanto contenente il principio attivo Delta-9-THC, presenta natura di sostanza stupefacente sia per la previgente normativa che per l'attuale disciplina, costituita dal d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 14, come modificato dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, art. 1, comma 3, convertito dalla L. 16 maggio 2014, n. 79, in cui l'allegata Tabella II prevede solo l'indicazione della *Cannabis*, comprensiva di tutte le sue possibili varianti e forme di presentazione, e riferibile a tutti i preparati che la contengano, rendendo così superfluo l'inserimento del principio attivo Delta-9-THC. L'introduzione della L. 2 dicembre

2016, n. 242, che, stabilendo la liceità della coltivazione della cannabis sativa L per finalità espresse e tassative, non prevede nel proprio ambito di applicazione quello della commercializzazione dei prodotti di tale coltivazione costituiti dalle infiorescenze (marijuana) e dalla resina (hashish) e – pertanto – non si estende alle condotte di detenzione e cessione di tali derivati che continuano ad essere sottoposte alla disciplina prevista dal d.P.R. n. 309 del 1990, sempre che dette sostanze presentino un effetto drogante rilevabile».

9. In applicazione del predetto principio, deve essere rigettato il prospettato *error in iudicando* in ordine alla astratta conformità al tipo legale di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, della fattispecie materiale sottoposta a giudizio in relazione alla marijuana ed all'hashish sequestrati al ricorrente, delle quali – va pure annotato ed oltre tutto quanto si è sopra detto – non è neanche allegata la provenienza da coltivazioni lecite nel territorio italiano, ma la loro importazione da produzioni estere, così esulando anche dalla stessa prospettazione difensiva volta ad estendere la liceità della coltivazione della canapa alla commercializzazione dei suoi derivati marijuana ed hashish.

10. Quanto alle finalità probatorie del sequestro, tenuto conto dei profili di censura pure emergenti dal ricorso, esulano dal vizio per il quale è ammesso ricorso le questioni riguardanti la responsabilità del ricorrente.

11. Del tutto condivisibili, infine, sono le ragioni che hanno determinato il rigetto delle deduzioni difensive relative alle modalità di esecuzione del sequestro, essendo correttamente considerata la diversa finalità della L. n. 242 del 2016, che lascia impregiudicato l'esercizio degli ordinari poteri della p.g. volti all'accertamento ed alla repressione dei reati.

12. Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

*Omissis*

\*\*\* *Nota a sentenza*

### sommario

Premessa. – **1.** La vicenda processuale. – **2.** Profili problematici. – **2.1.** Sequestro probatorio: presupposti e applicabilità. – **2.2.** *Fumus commissi delicti*. – **2.3.** La questione oggetto di giudizio. – **3.** Osservazioni conclusive.

### Premessa

Con legge 2 dicembre 2016, n. 242, pubblicata sulla G.U. n. 304 del 30 dicembre 2016, il Legislatore ha inteso dare riconoscimento giuridico alla coltivazione della canapa.

La *ratio* è rinvenibile nella sentita necessità di normare un settore da sempre oggetto di accesi dibattiti

giuridici a causa non solo delle norme, a volte lacunose, presenti ma altresì dal forte impatto che tale disciplina ha nella realtà quotidiana.

Non può, difatti, non notarsi come il mondo delle sostanze stupefacenti sia da sempre oggetto di continue modifiche normative, sia per il forte impatto sociale che ha sulla popolazione, sia sul commercio illegale e conseguenti guadagni illeciti derivanti.

La legge ad oggetto, rubricata “Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa”, è nata con il chiaro intento non di aggravare ulteriormente la situazione attuale ma, al contrario, di legiferare sul punto per far luce sull'ambito del consentito.

In particolare, le finalità specifiche di suddetta legge sono rinvenibili all'art. 1 della stessa ove viene esplicitato che «La presente legge reca norme per il sostegno e la promozione della coltivazione e della filiera della canapa (cannabis sativa L.), quale coltura in grado di contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura, alla riduzione del consumo dei suoli e della desertificazione e alla perdita di biodiversità, nonché come coltura da impiegare quale possibile sostituto di colture eccedentarie e come coltura di rotazione».

In mancanza di precisazione, tale Legge avrebbe potuto – come poi effettivamente ha fatto – creare innumerevoli problemi interpretativi, in particolar modo con riguardo al rapporto tra questa normativa e il d.P.R. n. 309/90, T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.

Brevemente, la questione più dibattuta riguardava la produzione e commercializzazione della cosiddetta “cannabis light”, meglio conosciuta dagli operatori del diritto come Cannabis Sativa L.

Prima dell'entrata in vigore della Legge n. 242/2016, i prodotti derivanti dalla pianta della Cannabis – ossia infiorescenze e resine – rientravano a pieno titolo sotto la vigenza del d.P.R. n. 309/90. Tali sostanze, usate principalmente se non esclusivamente per scopi ricreativi, contenevano il principio attivo Delta-9-THC e venivano ricondotte all'alveo delle sostanze non legalizzate e quindi “punite” dal T.U. degli stupefacenti.

A seguito dell'approvazione della Legge n. 242/2016, invece, il Legislatore ha consentito la coltivazione della Cannabis Sativa L per determinate ipotesi (art. 2), in seguito meglio approfondite.

A parere di chi scrive, tale scelta normativa è stata interpretata dagli studiosi e pratici del diritto in maniera eccessivamente estensiva, al punto da farne derivare la conseguente “legalizzazione” anche dell'utilizzo, della detenzione e della cessione di tale stupefacente, fermi i limiti di legge.

A conferma di ciò, non si può non ricordare il “boom” di aperture sul mercato di attività negoziali

che, sulla scia di un'errata interpretazione della Legge, ha preso piede in tutta Italia.

Questa erronea rappresentazione della realtà si è sviluppata a seguito dell'introduzione dei "limiti di legge" sopra richiamati.

Nella Legge n. 242/2016, infatti, è possibile riscontrare diversi generi di limiti, sia settoriali sia quantitativi. In merito ai primi, il Legislatore ha specificato come la legge vada a legiferare esclusivamente in materia di coltivazione della canapa e non, come invece si è dedotto, sulla libera vendita e commercio di tali sostanze stupefacenti.

A conferma di ciò, si ricordi l'elencazione tassativa prevista dall'art. 2 del testo di legge – rubricato "Licenza della coltivazione" – ove, proprio per evitare errate interpretazioni, il Legislatore si è premunito di elencare tutti i prodotti possibili ricavabili dalla coltivazione della canapa, ossia tutti quelli che sono stati reputati "legalizzati".

Tra questi, giusto per citare alcuni esempi, possiamo ricordare gli alimenti e cosmetici (lett. a), il «materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia» (lett. d) o le «coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati» (lett. f).

In merito ai limiti definibili quantitativi, l'art. 4 della Legge – rubricato "Controlli e sanzioni" – nell'esplicitare le modalità di effettuazione dei controlli da parte del Corpo Forestale dello Stato, prevede un intervallo di valori all'interno del quale deve essere compreso il valore di THC della Cannabis sativa L coltivata affinché possa essere reputata legale.

Al quarto comma del predetto articolo viene infatti specificato che qualora «il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore alle 0,2 per cento ed entro il limite dello 0,6 per cento» non sia possibile muovere alcun addebito nei confronti del coltivatore che, per l'appunto, rimarrà esente da responsabilità penale, ove ovviamente non concorra con altre condotte penalmente riprovevoli.

Questa breve analisi della Legge n. 242/2016 permette di iniziare a comprendere quali e quanti dubbi – interpretativi e applicativi – tali norme abbiano generato, sia nei consociati sia negli operatori del diritto.

Il contrasto è arrivato fino in Cassazione che, con la sentenza in commento, sembra aver iniziato a fare chiarezza sul punto.

## 1. La vicenda processuale

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte di Cassazione interviene su un argomento molto attuale e "spigoloso", andando a dirimere i contrasti esistenti sul punto in dottrina e giurisprudenza.

Come già precedentemente accennato, l'introduzione della Legge n. 242/2016 ha creato diversi problemi interpretativi, non solo tra gli studiosi del diritto

ma altresì – e soprattutto – tra coloro che devono applicare quotidianamente questa nuova normativa (es. Polizia Giudiziaria).

Nel caso de quo, il difensore dell'indagato proponeva ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con la quale era stata disposta la convalida del sequestro probatorio ex artt. 73 e 80 d.P.R. n. 309/90.

In particolare, deduceva con un unico motivo violazione di legge e vizio della motivazione, ritenendo insussistente il *fumus commissi delicti*.

La vicenda scaturisce dal ritrovamento di marijuana e hashish all'interno di una ditta di Forlì, ove l'imputato svolgeva la sua attività commerciale, nonché di altra sostanza stupefacente in possesso di alcuni ragazzi, analoga a quella ritrovata all'interno di una tabaccheria locale.

Nonostante non fosse stata provata alcuna relazione commerciale né collaborativa tra la ditta e la tabaccheria, gli agenti di P.G. optarono per il sequestro del materiale, atteso che lo stesso non solo presentava un principio attivo superiore allo 0,6 per cento ma esibiva sull'etichetta della confezione una dose differente da quella effettiva.

Il Pubblico Ministero competente emetteva decreto di convalida del sequestro probatorio effettuato dalla P.G. in relazione al reato di cui agli artt. 73 e 80 d.P.R. n. 309/90 e, successivamente, il Tribunale provvedeva a confermarlo.

Il difensore si opponeva adducendo l'irregolarità delle modalità di perquisizione, la mancata motivazione circa i motivi di riesame e soprattutto, per quanto interessa questa trattazione, la non corrispondenza del fatto contestato con l'imputazione ex art. 73 e 80 d.P.R. n. 309/90.

Proponeva pertanto ricorso per Cassazione contestando la non corrispondenza del fatto alla fattispecie ascritta al proprio assistito: questi, difatti, esercitava legittimamente la propria attività commerciale di piante e infiorescenze nel rispetto dei limiti previsti della Legge n. 242/2016.

Posta l'evidenza dei fatti e la veridicità delle analisi e controanalisi prodotte in sede processuale, occorrerà fare luce sul caso controverso al fine di individuare quale normativa – d.P.R. n. 309/90 o, alternativamente, Legge n. 242/2016 – sia in concreto applicabile al caso de quo.

## 2. Profili problematici

La sentenza in commento ha rilevato principalmente due questioni sulle quali soffermarsi per una, seppur breve, analisi.

*In primis*, è stato sollevato il problema circa la sequestrabilità – e relativa validità – delle sostanze stupefacenti ritrovate all'interno della ditta; *in secundis*, sulla esistenza del cd *fumus commissi delicti* e conseguente validità o vizio della motivazione.

### 2.1. Sequestro probatorio: presupposti e applicabilità

Questo mezzo di ricerca della prova, a differenza degli altri sequestri penali caratterizzati da finalità conservativa o preventiva, è «funzionalmente diretto a permettere l'acquisizione di cose, tracce, notizie o dichiarazioni idonee ad assumere rilevanza probatoria»<sup>1</sup>.

In particolare, il Legislatore, nel sottolineare la finalità tipicamente probatoria di questo istituto, ha fatto esplicito riferimento al «corpo del reato»<sup>3</sup> nonché alle «cose pertinenti al reato», necessarie per l'accertamento dei fatti.

Va da sé che presupposto principale affinché possa aversi sequestro probatorio è la sussistenza di elementi fondanti la notizia di reato che necessitano dell'espletamento di ulteriori indagini al fine di acquisire prove certe o aggiuntive del fatto che non sarebbero altrimenti esperibili.

Nel caso di specie, il difensore proponeva ricorso per cassazione deducendo l'erroneità delle modalità di esecuzione della perquisizione effettuata dalla P.G. – poiché estesa anche al magazzino della ditta di cui non veniva fatta menzione nell'ordinanza impugnata – nonché la non liceità del sequestro e conseguente distruzione della sostanza reperita, alla luce della Legge n. 242/2016.

È sufficiente ricordare come, in presenza di una valida motivazione – seppur riassuntiva o schematica<sup>4</sup> – che consenta di comprendere l'*iter* logico-argomentativo seguito dall'organo inquirente, il sequestro debba essere considerato legittimo.

Non è richiesto che la perquisizione possa essere espletata solamente nei casi in cui vi sia da reperire una prova certa ma altresì qualora vi sia fondato motivo di ritenere che uno o più beni si trovino in un determinato luogo ex art. 247, II comma, c.p.p. La perquisizione, difatti, rappresenta la modalità principale mediante la quale avviene la ricerca delle prove.

Tra la perquisizione effettuata e il successivo sequestro del materiale sussiste un rapporto di «logica consequenzialità»<sup>5</sup>, confermata dal dettato normativo dell'art. 252 c.p.p. Qualora, dunque, dall'attività emergano prove dalle quali sia ragionevolmente presumibile o probabile la commissione del fatto – si badi bene, non materialmente accertato –, le modalità saranno da ritenersi legittime.

<sup>1</sup> GREVI, sub artt. 194-243, in *Prolegomeni a un commentario breve al Nuovo Codice di Procedura Penale*, a cura di Conso - V. Grevi, Padova, 1990, p. 186.

<sup>2</sup> CONZ, *Il sequestro istruttorio: problemi applicativi del comma 7 dell'art. 324 c.p.p.*, in *Diritto Penale e Processo* n. 1-2008.

<sup>3</sup> Circa la nozione di corpo del reato si rimanda all'art. 253, II comma, c.p.p.: «Sono corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo».

<sup>4</sup> Cass., sez. VI pen., 21 maggio 2014, n. 26518.

<sup>5</sup> G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, in *Compendio di Procedura Penale*, 6° ed. Padova, 2012, p. 368

Nel caso in esame, come anticipato nei paragrafi precedenti, la P.G. aveva provveduto a sequestrare marijuana e hashish rinvenute all'interno dei locali della ditta dell'indagato nonché in una tabaccheria.

Tale sequestro era stato ritenuto necessario al fine di evitare un successivo utilizzo della sostanza nonché per poter contestualmente procedere ad una analisi della stessa, per verificare una eventuale corrispondenza tra la marijuana sequestrata e la specie di canapa legalmente commerciabile ai sensi della Legge n. 242/2016.

Nella sentenza in commento, dunque, la Corte rigetta la doglianza esposta dal difensore e conferma l'operato della Polizia Giudiziaria sull'assunto che si ritiene esistente il *fumus commissi delicti* – di cui si parlerà approfonditamente in seguito – nonché le esigenze probatorie connesse al sequestro, già precisate e motivate in sede di decreto di convalida.

Ultima questione da trattare riguarda la possibilità, riconosciuta dalla Legge n. 242/2016, di procedere a sequestro e successiva distruzione della sostanza stupefacente reperita.

La Difesa sollevava infatti eccezione circa l'errata applicabilità dell'art. 4 del predetto testo normativo: sebbene siano consentiti controlli da parte della P.G., il difensore non riteneva possibile che l'A.G., nel caso di reperimento di un valore di THC inferiore allo 0,6 per cento, potesse disporre il sequestro e la distruzione della sostanza.

Al fine di una corretta analisi della normativa, occorre soffermare l'attenzione sull'art. 4 della Legge n. 242/2016, rubricato «Controlli e sanzioni».

In apertura la norma sottolinea come il Corpo Forestale dello Stato sia l'unico soggetto autorizzato ad effettuare i controlli necessari sulle coltivazioni di canapa.

Nel proseguo della norma, il Legislatore si è premunito di sottolineare quali controlli possano essere effettuati e le modalità consentite per poi giungere, al settimo comma, a trattare del sequestro e della distruzione delle sostanze analizzate.

Viene infatti specificato come «Il sequestro o la distruzione delle coltivazioni di canapa impiantate nel rispetto delle disposizioni stabilite dalla presente legge possono essere disposti dall'autorità giudiziaria solo qualora, a seguito di un accertamento effettuato secondo il metodo di cui al comma 3, risulti che il contenuto di THC nella coltivazione è superiore allo 0,6 per cento. Nel caso di cui al presente comma è esclusa la responsabilità dell'agricoltore».

Come si evince dal chiaro testo della norma, il sequestro e la successiva distruzione della canapa sequestrata può avvenire solo qualora il valore di THC nella coltivazione sia superiore allo 0,6 per cento.

Interpretando a contrario, è possibile affermare che tale vincolo non sia valido né per la canapa non sequestrata durante la fase della coltivazione né per quella

della quale non sia possibile provare la provenienza.

I fatti oggetto della vicenda processuale di cui si tratta rientrano nella seconda interpretazione fornita atteso che *in primis* l'attività commerciale posta in essere dall'indagato non rientra in alcuna di quelle tassativamente previste dal Legislatore all'art. 2 della Legge e, *in secundis*, non era stata allegata né provata la provenienza della marijuana e dell'hashish sequestrati al ricorrente, rendendo perciò impossibile anche dimostrare che le stesse provenissero da coltivazione lecite presenti sul territorio italiano<sup>6</sup>.

Da queste brevi argomentazioni, è dunque possibile desumere la liceità del sequestro delle sostanze stupefacenti e, di conseguenza, la non fondatezza di quanto dedotto dalla Difesa.

## 2.2. *Fumus commissi delicti*

Con tale locuzione si è soliti indicare la sussistenza di indizi idonei a dimostrare le finalità probatorie del sequestro, le quali devono emergere dalla motivazione del provvedimento emesso dalla Pubblica Accusa.

Va da sé che una motivazione "apparente" non possa essere ritenuta valida, mancando dei requisiti minimi necessari allo scopo.

Occorre brevemente sottolineare come il *fumus commissi delicti* si presenti in maniera differente a seconda che si tratti di sequestro preventivo o sequestro probatorio<sup>7</sup>.

Nonostante la legge prescriva l'accertamento circa la presenza del *fumus* per entrambe le forme di sequestro, le modalità di verifica delle stesse saranno differenti, attese le diverse finalità alle quali aspirano i diversi provvedimenti.

Ai fini della trattazione, si porrà l'attenzione esclusivamente sul sequestro probatorio ove l'accertamento del *fumus commissi delicti* prende spunto dall'analisi contestuale degli artt. 352-355 c.p.p., unitamente alla fase di indagini ove il Pubblico Ministero provvede ad emettere il provvedimento di sequestro.

Brevemente, ai fini di una corretta valutazione, bisogna prendere in considerazione la notizia di reato ed i riscontri materiali sui quali la stessa si fonda, al fine di verificare se siano necessarie ulteriori indagini sull'oggetto del reato contestato o su prove ad esso collegate o pertinenti la sua commissione<sup>8</sup>.

Va da sé che, oltre ai predetti requisiti, è fondamentale che la prova ulteriore non sia raggiungibile

altrimenti se non mediante lo spossamento del bene e l'acquisizione della sua disponibilità da parte della Polizia Giudiziaria o del Pubblico Ministero. In mancanza, verrebbe meno il presupposto fondamentale del sequestro probatorio.

Risulta perciò evidente come non sia necessaria la sussistenza di indizi circa la colpevolezza dell'indagato ma, al contrario, sia sufficiente la presenza di elementi tali da configurare l'esistenza di una (eventuale) fattispecie penalmente rilevante<sup>9</sup>.

Alla luce degli elementi riscontrati in fase di indagini, qualora tale *fumus* risulti in concreto esistente e fondato, il sequestro potrà dirsi legittimo.

Dopo aver brevemente delineato le caratteristiche salienti di questo istituto, occorre ricordare, così come già precedentemente osservato, che l'Autorità procedente ha l'onere di motivare – seppur concisamente – le ragioni per le quali ritiene opportuno procedere al sequestro o, se effettuato dalla P.G., procedere alla sua convalida.

L'organo inquirente potrà adottare due modalità differenti: da un lato, potrà scegliere di motivare in ordine all'adozione del sequestro, esplicitando appunto gli elementi fondanti; dall'altro, potrà optare per un rinvio ad altra documentazione della P.G. ove siano già state enunciate le motivazioni.

Non solo, il Legislatore ha altresì previsto la facoltà di procedere a successiva integrazione della motivazione da parte dei giudici del Riesame ai sensi dell'art. 619 c.p.p., rubricato appunto " Rettificazione di errori non determinanti annullamento".<sup>10</sup>

Tale modifica successiva in punto di motivazione non è sempre consentita, essendo vietata qualora si tratti di radicale assenza di un apparato argomentativo ovvero in presenza di una motivazione apparente.

Questa scelta legislativa trova la sua *ratio* nell'impossibilità di estendere i poteri di competenza esclusiva del Pubblico Ministero ad altra Autorità.

In tal modo, difatti, verrebbe violato il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale<sup>11</sup>, atteso che verrebbe attribuita al Tribunale del Riesame la competenza ad individuare, di propria iniziativa, le finalità probatorie del provvedimento di sequestro.

Una simile procedura non sarebbe accettabile perché solamente al Pubblico Ministero è attribuita la facoltà di conoscere gli elementi reperiti in fase di indagini, fondanti una notizia di reato.

Detto ciò, è chiaro come solamente in caso di motivazione "incompleta" o "carente" il Tribunale del

<sup>6</sup> Tale precisazione è fornita dalla stessa Suprema Corte in Cass., sez. VI pen., 27 novembre 2018, n. 56737, pag. 8.

<sup>7</sup> Nel nostro ordinamento sono previste tre tipologie di sequestro penale: il sequestro probatorio, il sequestro preventivo e il sequestro conservativo. Il primo è un mezzo di ricerca della prova mentre i due restanti sono qualificabili come misure cautelari. Caratteristica comune a tutte e tre le forme di sequestro è il vincolo di indisponibilità che viene creato sui beni, attuando in tal modo uno spossamento coattivo degli stessi. (TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, pag. 380).

<sup>8</sup> *Ex plurimis*, Cass., Sez. III pen., 4 marzo 2013, n. 10115.

<sup>9</sup> Cass., Sez. III pen., 27 giugno 2013, n. 28151.

<sup>10</sup> Si fa riferimento in particolare al primo comma dell'art. 619 c.p.p. ove è prescritto: «Gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge non producono l'annullamento della sentenza impugnata, se non hanno avuto influenza decisiva sul dispositivo. La corte tuttavia specifica nella sentenza le censure e le rettificazioni occorrenti».

<sup>11</sup> Combinato disposto degli artt. 50 c.p.p. e 112 Cost.

Riesame, verificati i requisiti prescritti *ex lege*, potrà procedere ad una eventuale integrazione in punto di motivazione.

Nella sentenza in commento, il difensore dell'imputato lamentava una mancanza di motivazione in punto di sequestro e successiva convalida ma, per quanto sopra riportato, tale doglianza non è fondata.

Il Collegio, difatti, ritiene che il ricorso presentato non possa trovare accoglimento sia per la presenza del *fumus commissi delicti* sia per la sussistenza delle esigenze probatorie richieste *ex lege* per il sequestro probatorio.

### 2.3. La questione oggetto di giudizio

Dopo aver delineato le questioni preliminari trattate dalla Corte, la pronuncia di legittimità affronta un tema particolarmente controverso, essendo richiesto un chiarimento circa l'ambito di applicazione della Legge n. 242/2016.

La questione è particolarmente delicata perché produce conseguenze non solo sul piano giuridico ma altresì su quello pratico.

Così come evidenziato dal difensore del ricorrente, il problema principale riguarda l'ambito di applicabilità della Legge n. 242/2016 e il rapporto intercorrente tra questa normativa e il d.P.R. n. 309/90, Testo Unico sugli stupefacenti.

Le difficoltà interpretative sono scaturite principalmente dagli artt. 1, 2 e 4 della Legge.

Andando per ordine, l'art. 1 specifica le finalità del testo di legge, l'art. 2 la liceità della coltivazione della canapa e l'art. 4 i controlli e le sanzioni.

Avendo già analizzato gli articoli nei paragrafi precedenti, si reputa sufficiente un approfondimento circa i punti critici, di maggior difficoltà interpretativa.

Il primo chiarimento necessario inerisce l'ambito di applicazione che, a differenza di quanto intuibile da una prima e disattenta lettura, riguarda esclusivamente le coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio.

Per delineare maggiormente il ristretto ambito di applicazione, il Legislatore si è premurato di sottolineare come tali varietà non rientrino nell'ambito di applicazione del d.P.R. n. 309/90, con il chiaro intento di evitare fraintendimenti o lacune normative.

Al successivo art. 2, rubricato "liceità della coltivazione", viene fornita una elencazione tassativa dei prodotti ottenibili dalla coltivazione della canapa, la quale può avvenire senza necessità di autorizzazione alcuna.

Questo ultimo particolare, inerente la mancanza di autorizzazione, è stato più volte erroneamente interpretato come una legalizzazione esplicita della coltivazione della canapa nonché come legalizzazione implicita delle condotte di detenzione e cessione dei suoi derivati.

Ciò, tuttavia, non è compatibile con il dettato normativo che, al contrario, prevede una classificazione specifica proprio per evitare interpretazioni estensive e discrezionali.

Il dibattito scaturito dall'art. 4 della Legge n. 242/2016, invece, riguarda principalmente – oltre alla problematica inerente il sequestro della sostanza stupefacente già precedentemente trattata al paragrafo 3.1 – la previsione di un *range*<sup>12</sup> di valori all'interno dei quali deve essere ricompreso il valore del principio di THC riscontrato dalle analisi effettuate sul campione di canapa.

In particolare, qualora gli esami dimostrino un valore compreso tra questi due indici numerici, non è riscontrabile alcuna responsabilità penale in capo all'agricoltore che abbia rispettato le prescrizioni della Legge (comma V).

Nel caso di specie, il difensore del ricorrente deduceva come i fatti di cui all'imputazione non dovessero essere inquadrabili ai sensi degli artt. 73 e 80 d.P.R. n. 309/90 ma bensì sotto la vigenza della nuova normativa del 2016. Non solo, deduceva altresì come dovesse essere considerato non penalmente responsabile il suo assistito atteso che le analisi avevano dimostrato un principio attivo di THC inferiore allo 0,6 per cento, prescritto dalla legge.

Tale ragionamento, così come affermato dalla Corte, non può essere in alcun modo avallato per vari motivi.

*In primis*, occorre sottolineare come la Legge n. 242/2016 non possa trovare applicazione nel caso di specie, atteso che non si è in presenza di una condotta di coltivazione della canapa ma bensì di una condotta di detenzione e commercializzazione di sostanza stupefacente. Tali condotte non rientrano nell'elencazione di cui all'art. 2 e, in particolar modo, non vi rientra la coltivazione né delle infiorescenze (marijuana) né delle resine (hashish).

*In secundis*, il riscontro di un valore di principio attivo THC non superiore allo 0,6 per cento non implica un contestuale riconoscimento della liceità dell'utilizzo di sostanza stupefacente con un THC inferiore a quello previsto di soglia.

È necessario ricordare come, nonostante la canapa possa aver avuto un principio attivo inferiore ai limiti previsti, questo non esclude la sua categorizzazione come sostanza stupefacente e, per ciò, punibile ai sensi del d.P.R. n. 309/90.

La cannabis sativa L, difatti, contiene il principio attivo Delta-9-THC – anche scientificamente conosciuto come tetraidrocannabinolo – che non è esplici-

<sup>12</sup> In particolare, l'art. 4, V comma, L. n. 242/2016 stabilisce: «Qualora all'esito del controllo il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore allo 0,2 per cento ed entro il limite dello 0,6 per cento, nessuna responsabilità è posta a carico dell'agricoltore che ha rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge».

tamente previsto dalla tabella II del suddetto decreto. La mancata previsione non equivale a non menzione perché il Legislatore ha provveduto a inserire nelle tabelle la sostanza stupefacente *Cannabis* largamente intesa, comprensiva non solo delle sue possibili varianti e forme di presentazione ma altresì di tutti i prodotti da essi derivanti e dei preparati che la contengono.

La scelta legislativa della non menzione esplicita, dunque, non equivale a esclusione.

Nel caso de quo, dunque, in presenza di una condotta non rientrante in quelle tassativamente previste dall'art. 2 della Legge n. 242/2016 nonché in presenza di una condotta tipica di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/90, riferibile a una sostanza stupefacente di cui al predetto decreto, non si può far altro che dedurre la applicabilità del Testo Unico degli Stupefacenti alla vicenda presentata dal ricorrente<sup>13</sup>.

### 3. Osservazioni conclusive

La sentenza in commento sembra far chiarezza su alcune lacune che trapelavano dalla Legge n. 242/2016, creando innumerevoli dubbi interpretativi e applicativi.

In particolare, così come esplicitato nel principio di diritto enunciato dalla Corte, la sentenza pone in risalto la differenza esistente tra la condotta di coltivazione di canapa e quella di commercializzazione della stessa, con conseguenti ricadute sul piano della normativa applicabile.

La prima condotta, difatti, andrà enucleata sotto la vigenza della Legge n. 242/2016 mentre la seconda continuerà a rientrare nell'ambito del d.P.R. n. 309/90.

Si ritiene che la Corte abbia apportato un contributo fondamentale per il mondo giuridico, nella speranza di creare un mondo basato sempre più sulla certezza del diritto e sempre meno sulla discrezionalità dell'applicazione di esso ai casi concreti.

Non vi è dubbio che ci saranno, e continueranno ad esserci, ancora diffusi problemi inerenti il mondo degli stupefacenti, argomento sempre attuale e mai complessivamente disciplinato.

Si ritiene, tuttavia, anche se a rischio di banalità, che la problematica non sia di facile soluzione, atteso il continuo sviluppo del mondo delle sostanze stupefacenti e dei soggetti che ne fanno costantemente uso nonché del mercato illegale da esso derivante.

Detto ciò, preme concludere affermando come una disciplina favorevole all'utilizzo della cannabis sativa L, per fini agroindustriali e per contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale largamente inteso, si ritenga assolutamente positiva e in grado di apportare migliori per la comunità.

<sup>13</sup> Cass., Sez. IV pen., del 13 giugno 2018, n. 34332, Durante. Nella stessa, La corte osserva: «La nuova normativa, come risulta chiaramente dai lavori parlamentari, si applica alle coltivazioni delle varietà ammesse iscritte nel catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole che non rientrano nell'ambito di applicazione del testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti ed è volta alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura alla riduzione del consumo dei suoli della desertificazione e della perdita di biodiversità utilizzando la canapa come coltura da impiegare quale sostituto di colture eccedentarie e come coltura di rotazione».

## Revisione delle sentenze di condanna per i soli interessi civili. Ammissibilità anche in presenza di dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione

### abstract

*The United Sections with the decision in question resolved a jurisprudential conflict arose regarding the admissibility of the revision of the declarative judgment of the extinction of the offense by statute of limitations which, also deciding on the appeal only for the provisions and the chiefs concerning the civil interests, convict the accused to pay damages in favor of the civil party. For the Ermellini judges, the controversial issue involves both the issue of identifying the measures that can be challenged with the revision, and the status of a “convicted” subject, since only in the latter case is he entitled to propose a request for revision. However, for a convicted person, it must also mean that in which he was pronounced a mere condemnation to civil effects, with a simultaneous declaration of the extinction of the crime ascribed to the criminal effects. It would be, indeed, unreasonable ... .. warning of the Supreme Judges ... having foreseen, in the presence of a sentence declaring the extinction of the crime with simultaneous condemnation to civil statutes, the possible fall of the judge only in the presence of the abolitio criminis occurrence, and not even in the presence of the discovery of proofs that impose absolution on the merits with a liberating formula of degree poziore. Following this, they have enunciated the principle of law according to which it is admissible, both for criminal and civil effects, the revision, required pursuant to art. 630 of the Italian Civil Code, paragraph 1, lett. c), of the sentence of the appeal judge who, also deciding on the appeal only for the effects of the provisions and the heads concerning the civil interests, in application of the discipline dictated by the art. 578 of the Italian Penal Code, acquitted the defendant for the prescription of the offense, and at the same time confirmed his conviction for compensation for damages against the civil party.*

### keywords

*Review of sentencing sentences – Prescription – Civil interests.*

### abstract

*Le Sezioni unite con la decisione in esame hanno risolto un contrasto giurisprudenziale sorto circa l'ammissibilità della revisione della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione che, decidendo anche sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, condanni l'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile. Per i Giudici Ermellini la questione controversa investe sia il tema dell'individuazione dei provvedimenti impugnabili con la revisione, sia la qualifica di soggetto “condannato”, in quanto solo in tale ultimo caso costui è legittimato a proporre richiesta di revisione. Tuttavia, per soggetto condannato, deve intendersi anche quello nei cui confronti sia stata pronunciata una mera condanna agli effetti civili, con contestuale declaratoria di estinzione del reato ascrittogli agli effetti penali. Sarebbe, invero, irragionevole ad avviso dei Supremi Giudici aver previsto, in presenza di una sentenza che dichiari l'estinzione del reato con contestuale condanna alle statuizioni civili, la possibile caducazione del giudicato soltanto in presenza della sopravvenuta abolitio criminis, e non anche in presenza della scoperta di prove che impongano l'assoluzione nel merito con formula liberatoria di grado poziore. Su questa scia hanno enunciato il principio di diritto secondo cui è ammissibile, sia agli effetti penali che agli effetti civili, la revisione, richiesta ai sensi dell'art. 630 c.p.p., comma 1, lett. c), della sentenza del giudice dell'appello che, decidendo anche sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, in applicazione della disciplina dettata dall'art. 578 c.p.p., abbia prosciolto l'imputato per l'intervenuta prescrizione del reato, e contestualmente confermato la sua condanna al risarcimento del danno nei confronti della parte civile.*

### parole chiave

*Revisione sentenze di condanna – Prescrizione – Interessi civili.*

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite penali, sent. 25 ottobre 2018, dep. 07 febbraio 2019, n. 6141

**Revisione sentenza di condanna per i soli interessi civili – prescrizione – ammissibilità.**

*È ammissibile la revisione delle sentenze di condanna per i soli interessi civili pronunciate contestualmente alla dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione.*

\* \* \*

La questione di diritto in relazione alla quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può essere così sintetizzata: «Se sia ammissibile la revisione della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione che, decidendo anche sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, condanni l'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile».

In ordine alla controversa questione la giurisprudenza di legittimità è divisa.

L'orientamento tradizionale e maggioritario ammette la revisione soltanto nei confronti di sentenze penali di condanna agli effetti penali, negandone l'ammissibilità (sia agli effetti penali che agli effetti civili) nei confronti delle sentenze che si siano limitate a dichiarare l'estinzione del reato, contestualmente confermando (o disponendo) le statuizioni civili.<sup>1</sup> Questo orientamento è stato ulteriormente ribadito da successive pronunce<sup>2</sup>, le quali sempre valorizzando il principio di tassatività delle impugnazioni, ritengono conseguentemente la possibilità di chiedere la revisione unicamente di sentenze che abbiano pronunciato una condanna agli effetti penali. A conforto della soluzione viene richiamata anche la decisione del Giudice delle leggi il quale con sentenza n. 129 del 16/04/2008 ha statuito che «il contrasto per il quale si legittimi e razionalmente si giustifichi la revisione, più che attenere alla diversa valutazione di una vicenda processuale in due diverse sedi della giurisdizione, abbia la ragion d'essere esclusivamente nella inconciliabilità di ricostruzioni alternative di un determinato accadimento della vita all'esito di due giudizi penali definiti con sentenze irrevocabili. Il che vale a confermare l'assunto, correttamente affermato nell'impugnata decisione, secondo il quale l'avvenuta confer-

ma delle statuizioni civili, in presenza dell'avvenuta dichiarazione di estinzione dei reati per prescrizione, non costituisca affatto sentenza penale di condanna suscettibile di essere impugnata con lo straordinario rimedio della revisione»

Questo indirizzo ha incontrato più recentemente il favore di ulteriori pronunce le quali hanno valorizzato il carattere di mezzo straordinario di impugnazione della revisione.<sup>3</sup>

Da ultimo l'orientamento è stato ribadito da due decisioni della Seconda Sezione penale<sup>4</sup>.

Per la sentenza Calabrò l'insieme delle norme riguardanti l'istituto della revisione confermerebbe che la stessa sarebbe configurata dal codice di rito quale mezzo di impugnazione straordinario «preordinato al "proscioglimento" della persona già condannata in via definitiva».

La sentenza Ricupati ha valorizzato la nozione sostanzialistica di "sentenza di condanna" elaborata dalla Corte EDU e recepita dalla Corte costituzionale<sup>5</sup> al cui ambito non sarebbe riconducibile la sentenza di proscioglimento per prescrizione con conferma delle statuizioni civili, perché da essa non consegue alcun effetto di natura sanzionatoria o comunque latamente penalistica.

Si contrappone all'orientamento maggioritario una decisione<sup>6</sup> rimasta isolata la quale ha ritenuto ammissibile l'istanza di revisione della sentenza di appello dichiarativa dell'estinzione del reato confermando le statuizioni civili. Questo indirizzo, partendo dalla premessa che la revisione ha natura di mezzo (straordinario) d'impugnazione, ha tuttavia, osservato che i riferimenti normativi abitualmente valorizzati dal contrario orientamento sarebbero suscettibili di una diversa lettura, poiché l'art. 629 c.p.p., indica tra i provvedimenti soggetti a revisione "le sentenze di condanna", "senza precisare ulteriormente l'oggetto delle stesse", e, simmetricamente, il successivo art. 632, nell'individuare i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, evoca "in maniera altrettanto

<sup>1</sup> In tal senso si è pronunciata Sez. 1, sent. 15 aprile 1992, n. 1672, Bonaceto, Rv. 190002; In seguito, Sez. 6, sent. 30 novembre 1992, dep. 1993, n. 423, Melis, Rv. 193457 ha ribadito che la revisione è un mezzo (sia pur straordinario) di impugnazione, per il quale opera, quindi, il principio di tassatività, ex art. 568 c.p.p., comma 1, con la conseguenza che, riguardando l'art. 629 c.p.p., soltanto le sentenze di condanna, non possono ritenersi assoggettabili a revisione anche le sentenze che applichino l'amnistia.

<sup>2</sup> Sez. 5, sent. 24 febbraio 2004, n. 15973, Decio, Rv. 228763; Sez. 5, 02 dicembre 2010, n. 2393, dep. 2011, Pavesi, Rv. 249781. Quest'ultima decisione, nel recepire l'orientamento all'epoca pacifico in giurisprudenza, ha anche valorizzato quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 16 aprile 2008, n. 129, proprio in relazione al giudizio di revisione.

<sup>3</sup> Cfr. Sez. 5, sent. 03 marzo 2011, n. 24155, Bernardelli, Rv. 250631 le cui argomentazioni sono integralmente richiamate da Sez. 2, sent. 23 febbraio 2016, n. 8864, Martelli.

<sup>4</sup> la prima sentenza Calabrò 09 novembre 2016, dep. 2017, n. 2656, Rv. 269528, e la seconda Ricupati 25 ottobre 2017, n. 53678, Rv. 271367.

<sup>5</sup> Cfr. sentenze n. 85 del 2008, n. 239 del 2009 e n. 49 del 2015.

<sup>6</sup> Sez. 5, sent. 03 ottobre 2016, n. 46707, Panizzi, Rv. 269939.

generica la figura del condannato”; nè potrebbe dubitarsi che la decisione che accoglie l’azione civile esercitata nel processo penale costituisca una “pronuncia di condanna che presuppone l’accertamento della colpevolezza dell’imputato per il fatto di reato, come espressamente stabilito dagli artt. 538 e 539 c.p.p.” e che, dunque, in presenza di siffatta situazione processuale, l’imputato sia “condannato” alle restituzioni ed al risarcimento del danno.

Ad ulteriore conforto dell’interpretazione sostenuta, sono state valorizzate le analoghe considerazioni svolte dalle Sezioni unite<sup>7</sup> le quali hanno affermato la legittimazione del prosciolto condannato agli effetti civili ad esperire il ricorso straordinario ex art. 625-*bis* c.p.p.; per di più, si è anche ricordato che il giudice dell’appello può essere chiamato, ex art. 576 c.p.p., non già a confermare le statuizioni civili adottate nel primo grado di giudizio contestualmente alla condanna penale dell’imputato, bensì a pronunciarsi in maniera inedita ed esclusiva in favore della parte civile, senza essere contestualmente investito agli effetti penali della questione relativa alla responsabilità del presunto autore del fatto di reato.

Così riepilogati i termini del contrasto, emerge che la questione controversa investe il tema dell’individuazione dei provvedimenti impugnabili con la revisione, dovendo in particolare stabilirsi se per soggetto “condannato”, in quanto tale legittimato a proporre richiesta di revisione, si debba intendere anche quello nei cui confronti sia stata pronunciata una mera condanna agli effetti civili, con contestuale declaratoria di estinzione del reato ascrittogli agli effetti penali.

I giudici del Supremo Consesso ritengono che il contrasto debba essere risolto affermando che è ammissibile (anche agli effetti penali) la revisione della sentenza dichiarativa dell’estinzione del reato per prescrizione (o per amnistia) che, decidendo, ai sensi dell’art. 578 c.p.p., anche sull’impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, condanni l’imputato al risarcimento del danno (od alle restituzioni) in favore della parte civile.

Conferma la scelta delle Sezioni unite la giurisprudenza costituzionale<sup>8</sup> secondo cui l’istituto risponde alla «esigenza di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell’innocente, nell’ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità»

La revisione ha trovato esplicito riconoscimento anche in plurime fonti sovranazionali poste a tutela dei diritti umani: l’art. 4, 7° Protocollo alla Convenzione EDU prevede – in deroga al divieto di *bis in*

*idem* – la possibilità della riapertura del processo «se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta».

Il diritto alla revisione è affermato (più o meno nei medesimi termini, ma con riferimento alle sole sentenze di condanna) anche dall’art. 14, p. 6, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e costituisce, quindi, un inalienabile diritto della persona.

Il codice di procedura penale individua nell’art. 630 c.p.p., i casi di revisione<sup>9</sup> con i limiti previsti dall’art. 631, in favore dei “condannati”, nei confronti «delle sentenze di condanna o delle sentenze emesse ai sensi dell’art. 444, comma 2, o dei decreti penali di condanna, divenuti irrevocabili, anche se la pena è già stata eseguita o è estinta».

Il presupposto imprescindibile per la legittimazione ad esperire l’impugnazione straordinaria de qua è, quindi, lo status di “condannato”, da intendere necessariamente come «il soggetto che ha esaurito tutti i gradi del sistema delle impugnazioni ordinarie e rispetto al quale si è formato il giudicato in ordine alla decisione che lo riguarda»<sup>10</sup>

In accordo con i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, e già recepiti dalle Sezioni unite, i Supremi Giudici ritengono che l’istituto della revisione costituisca applicazione estrema del principio costituzionale che assegna al processo penale il compito dell’accertamento della verità («poiché il fine primario e ineludibile del processo penale rimane la ricerca della verità» Corte cost., sentenza n. 111 del 1993): proprio la necessità di perseguire il rispetto della verità impone di non accogliere opzioni ermeneutiche che portino a mantenere ferme decisioni condizionate da un quadro probatorio, esistente al momento della decisione, ma che in seguito risulti radicalmente smentito.

Questa funzione dell’istituto della revisione assume rilievo fondamentale ai fini della decisione della questione controversa.

L’art. 629 c.p.p., indica tra i provvedimenti soggetti a revisione “le sentenze di condanna” (senza precisarne ulteriormente l’oggetto), ed il successivo art. 632 - che dell’art. 629 costituisce pendant -, nell’individuare i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, evoca (altrettanto genericamente) lo status giuridico di “condannato”.

Non può dubitarsi che la decisione che accoglie l’a-

<sup>7</sup> Nelle sentenze 21 giugno 2012, n. 28719, Marani, Rv. 252695, e 21 giugno 2012, n. 28718, Cappiello.

<sup>8</sup> In tal senso, Corte cost. n. 28 del 1969.

<sup>9</sup> Si ricorda che i casi di revisione risultano ampliati per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, che ha dichiarato l’articolo costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei diritti dell’uomo»

<sup>10</sup> Così sez.un., 21 luglio 2016, n. 13199, Nunziata, Rv. 269790.

zione civile esercitata nel processo penale costituisca una pronuncia di condanna che presuppone l'accertamento della colpevolezza dell'imputato per il fatto di reato, secondo quanto espressamente stabilito dagli artt. 538 e 539 c.p.p., e che, dunque, in presenza di siffatta situazione processuale, all'imputato debba essere riconosciuto lo status di soggetto "condannato", sia pure soltanto alle restituzioni ed al risarcimento del danno. D'altro canto, come osservato dalla sentenza Panizzi<sup>11</sup> nel testo dell'art. 629 non vi è traccia della possibile rilevanza della distinzione tra la condanna riportata agli effetti penali e quella riportata agli effetti civili a seguito dell'esercizio nel processo penale dell'azione civile, e nessun elemento induce a ritenere l'esistenza di «una qualsiasi incompatibilità logica o strutturale della norma a consentire la revisione al condannato solo per gli interessi civili».

Anche in tali casi si è al cospetto di un'affermazione di responsabilità, contestuale alla declaratoria di estinzione del reato, e ad essa inscindibilmente collegata, per la medesimezza del fatto storico costituente oggetto della duplice valutazione (agli effetti penali e civili) e dei materiali probatori valutati, di tal che la condanna, pur pronunciata ai soli effetti civili, si risolve, pur incidentalmente, in una affermazione di responsabilità anche agli effetti penali.

Lo status di "condannato", da intendere come «il soggetto che ha esaurito tutti i gradi del sistema delle impugnazioni ordinarie e rispetto al quale si è formato il giudicato in ordine alla decisione che lo riguarda»<sup>12</sup> va, pertanto, certamente riconosciuto anche al soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata in appello, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., sentenza di proscioglimento, per estinzione del reato per prescrizione ovvero per amnistia, con contestuale conferma della condanna pronunciata in primo grado alle statuizioni civili od anche con condanna alle statuizioni civili pronunciata per la prima volta in appello su gravame della parte civile.

Anche in questo caso, precisano i giudici delle Sezioni unite, «la locuzione "condannato" che delimita soggettivamente la sfera di applicabilità del rimedio straordinario (...), non può arbitrariamente scandirsi in ragione del tipo di condanna in capo al soggetto che sia stato sottoposto, come imputato, al processo penale, giacché l'essere stato costui evocato in giudizio tanto sulla base della azione penale quanto in forza della azione civile esercitata nel processo penale, non può che comportare una ontologica identità di diritti processuali, a meno che la legge espressamente non distingua i due profili" (così la sentenza Marani in tema di ricorso straordinario, con considerazioni senz'altro mutuabili anche in riferimento alla revisione).

Sia valorizzando il fatto che al predetto soggetto va

riconosciuto lo status formale di condannato, sia valorizzando il fatto che l'affermazione di responsabilità agli effetti civili, contestuale alla declaratoria di estinzione del reato, non può non assumere in concreto, per le ragioni appena indicate, valenza sostanziale di affermazione di responsabilità anche agli effetti penali, appare evidente che l'art. 629 c.p.p., ne ammette la legittimazione a chiedere la revisione della sentenza d'appello che abbia dichiarato l'estinzione del reato, contestualmente confermando la condanna o condannando *ex novo* l'imputato alle statuizioni civili ex art. 578 c.p.p., (anche se con statuizione di condanna generica e rinvio al giudice civile per la quantificazione dei danni).

Non può quindi dubitarsi che la statuizione di condanna agli effetti civili, pronunciata ai sensi dell'art. 578, di per sé suscettibile – se ingiusta – di arrecare pregiudizio all'interessato con riguardo alla sfera patrimoniale, contenga necessariamente, anche se incidentalmente, una implicita quanto ineludibile affermazione di responsabilità tout court operata, a cognizione piena, in relazione al fatto-reato causativo del danno, certamente suscettibile di arrecare pregiudizio all'interessato anche con riguardo alla sfera dei diritti della personalità.

Le Sezioni unite con la decisione in esame dopo aver declinato le ragioni non decisive e/o addirittura privi di rilievo valorizzati dall'orientamento in atto maggioritario offrono ulteriori argomenti a sostegno della correttezza della sentenza Panizzi.

L'art. 673 c.p.p., comma 2, stabilisce che, in caso di abrogazione o di dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca (non soltanto la sentenza di condanna o il decreto penale, come previsto dal comma 1, della disposizione, ma anche) la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato ed adottando i provvedimenti conseguenti.

La dottrina, sul punto, ha osservato che la disposizione costituisce espressione della necessità che il giudicato ceda alla "rivoluzione normativa posteriore", anche se non si tratti di un giudicato di condanna.

La disposizione comporta il proscioglimento con la formula «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato», cui peraltro il giudice può accedere, a norma degli artt. 129 e 530 c.p.p., soltanto dopo aver verificato che:

- il fatto sussiste;
- l'imputato lo ha commesso;
- il fatto costituisce reato.

Per evidenti esigenze di logica, oltre che per identità di ratio, nel rispetto dell'art. 3 della Costituzione, in difetto di riferimenti testuali insuperabilmente ostativi, analoga soluzione s'impone, a fortiori, in casi nei quali vi sia stata una condanna, sia pure ai soli

<sup>11</sup> La sentenza che seppur isolata si è contrapposta all'indirizzo maggioritario Sez. 5, 03 ottobre 2016, n. 46707 Panizzi, cit.

<sup>12</sup> Così sez.un., 21 luglio 2016, n. 13199, Nunziata, Rv. 269790.

effetti civili, contestualmente al proscioglimento per estinzione del reato, seguita dalla scoperta *ex post* di elementi decisivi di prova, prima ignoti, che dimostrino l'innocenza dell'imputato.

Sarebbe, invero, irragionevole ad avviso dei Supremi Giudici, aver previsto, in presenza di una sentenza che dichiari l'estinzione del reato con contestuale condanna alle statuizioni civili, la possibile caducazione del giudicato soltanto in presenza della sopravvenuta *abolitio criminis*, e non anche in presenza della scoperta di prove che impongano l'assoluzione nel merito con formula liberatoria di grado poziore<sup>13</sup>. Nel medesimo senso, con riferimento alle formule previste dall'art. 129 c.p.p., altra autorevole pronunzia<sup>14</sup> ha ribadito che «nel concorso tra diverse cause di proscioglimento, poiché l'indicazione che si trae dalla sequenza delle formule contenuta nell'art. 129 c.p.p., è quella di un ordine ispirato a un'ampiezza di effetti liberatori per l'imputato progressivamente più ridotta, la formula perché il fatto non sussiste prevale su quella perché il fatto non è previsto dalla legge come reato».

Va, pertanto, enunciato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., comma 3, il seguente principio di diritto:

«È ammissibile, sia agli effetti penali che agli effetti civili, la revisione, richiesta ai sensi dell'art. 630 c.p.p., comma 1, lett. c), della sentenza del giudice dell'appello che, decidendo anche sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, in applicazione della disciplina dettata dall'art. 578 c.p.p., abbia prosciolto l'imputato per l'intervenuta prescrizione del reato, e contestualmente confermato la sua condanna al risarcimento del danno nei confronti della parte civile».

<sup>13</sup> In tal senso, con riferimento alle formule previste dall'art. 530 c.p.p., cfr. Sez. 3, sentenza 23 giugno 1993, n. 9096, Steinhäuslin, Rv. 195202, per la quale, «quando il fatto non è più preveduto dalla legge come reato, sia in seguito a una pura e semplice *abolitio criminis*, sia in seguito alla trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo, il giudice è tenuto a verificare se allo stato degli atti non risulti già evidente che il fatto non sussiste, che l'imputato non l'ha commesso o che il fatto non costituisce reato».

<sup>14</sup> Sez. un., 27 settembre 2007, dep. 2008, n. 2451, Magera, Rv. 238195.

a cura di  
**Andrea Alberico**  
 Ricercatore a tempo determinato in Diritto Penale

## Rassegna di legittimità

### Edilizia – Costruzione edilizia Reati edilizi – Ordine di demolizione – Revoca o sospensione – Sindacato in fase esecutiva – Contenuto.

*In materia edilizia, il giudice dell'esecuzione – investito dell'istanza di revoca o sospensione dell'ordine di demolizione conseguente a condanna per costruzione abusiva – ha il potere-dovere di verificare la legittimità e l'efficacia del titolo abilitativo, sotto il profilo del rispetto dei presupposti e dei requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge per il corretto esercizio del potere di rilascio, la corrispondenza di quanto autorizzato alle opere destinate alla demolizione e, qualora trovino applicazione disposizioni introdotte da leggi regionali, la conformità delle stesse ai principi generali fissati dalla legislazione regionale.*

Cass., sez. 3, sentenza 9 novembre 2018, n. 55028  
 (dep. 10 dicembre 2018), Rv. 274135  
 Presidente Di Nicola, Relatore Ramacci, Imputato B. P.M. Molino (Conf.)  
 (Dichiara inammissibile, Tribunale Barcellona Pozzo di Gotto)

### Impugnazioni (Cod. proc. pen. 1988) – Cassazione – Sentenza – Annullamento parziale – Annullamento con rinvio – Limitatamente al riconoscimento o meno della c.d. ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5 del d.P.R. n. 309 del 1990 – Accertamento definitivo sul fatto-reato – Sussistenza – Irrevocabilità della condanna – Conseguente inapplicabilità della prescrizione nel giudizio di rinvio.

*In caso di annullamento parziale della sentenza, la rimessione al giudice del rinvio della sola verifica circa la sussistenza o meno dell'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, determina il formarsi del giudicato sull'accertamento del "fatto-reato", con conseguente preclusione per il giudice del rinvio di dichiarare la prescrizione dello stesso, non solo quando la causa estintiva sia sopravvenuta, ma anche qualora la prescrizione, preesistente al giudizio rescindente, non sia stata valutata dalla Corte di cassazione.*

Cass., sez. 3, sentenza 3 ottobre 2018, n. 54357  
 (dep. 05 dicembre 2018), Rv. 274129  
 Pres. Sarno, Rel. Scarcella, Imp. C., P.M. Fimiani (Conf.)  
 (Rigetta, App. Bologna)

### Impugnazioni (Cod. proc. pen. 1988) – Soggetti del diritto di impugnazione – pubblico ministero – In genere Successione di leggi processuali nel tempo in assenza di disciplina transitoria – Ricorso per cassazione del pubblico ministero in caso di "doppia conforme assolutoria" – Applicabilità dell'art. 608, comma 1-bis, c.p.p. – Regime applicabile ai ricorsi presentati prima dell'entrata in vigore della novella – Individuazione.

*Ai fini dell'applicabilità dell'art. 608, comma 1-bis, c.p.p. – disposizione inserita dall'art. 1, comma 69, della legge 23 giugno 2017, n. 103, in base al quale il pubblico ministero, nel caso di cd. "doppia conforme assolutoria", può proporre ricorso per cassazione solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 606, comma 1, c.p.p. – deve farsi riferimento, in assenza di una disciplina transitoria, alla data di presentazione del ricorso, che costituisce il momento in cui matura l'aspettativa del ricorrente alla valutazione di ammissibilità dell'impugnazione, sicché la nuova disciplina è inapplicabile ai ricorsi presentati prima della sua entrata in vigore.*

Cass., sez. 3, sentenza 4 ottobre 2018, n. 54693  
 (dep. 07 dicembre 2018), Rv. 274132  
 Pres. Aceto, Rel. Reynaud, Imp. P., P.M. Molino (Conf.)  
 (Dichiara inammissibile, App. Taranto)

**Misure cautelari (Cod. proc. pen. 1988) – Personali – Disposizioni generali – Esigenze cautelari – Modifiche apportate dalla legge n. 47 del 2015 – Requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato – Condizioni – Fattispecie.**

*In tema di esigenze cautelari – ove l'indagato sia dedito, per il suo “modus vivendi”, a commettere delitti in modo continuativo e seriale – il giudizio sul pericolo di recidiva non richiede la previsione di una specifica occasione per delinquere, ma una valutazione prognostica fondata su elementi concreti, desunti dall'analisi della personalità dell'indagato, dall'esame delle sue concrete condizioni di vita, da dati ambientali o di contesto, nonché dalle modalità dei fatti per cui si procede. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva ritenuto sussistente il requisito di attualità del pericolo di recidiva in relazione a un soggetto stabilmente dedito ad attività di cd. “guardiania”, nel contesto di un'associazione per delinquere finalizzata ad attività estorsive nei confronti dei proprietari terrieri).*

Cass., sez. 2, sentenza 18 settembre 2018, n. 55216  
(dep. 10 dicembre 2018, Rv. 274085  
Pres. Cervadoro, Rel. Rago, Imp. S., P.M. Aniello (Conf.)  
(Dichiara inammissibile, Trib. Libertà Catanzaro)

**Prove – Mezzi di prova – Testimonianza – Testimonianza indiretta – Divieto per gli appartenenti alla polizia giudiziaria – Testimonianza relativa a informazioni ricevute per iscritto per identificare l'autore del reato – Violazione dell'art. 195, comma 4, c.p.p. – Sussistenza – Ragioni.**

*Viola il divieto di testimonianza indiretta previsto dall'art. 195, comma 4, c.p.p. la deposizione resa dal verbalizzante in ordine alle informazioni ricevute da terzi per identificare l'autore del reato, nella specie mediante dichiarazione cartacea, non potendo siffatta dichiarazione essere considerata come un documento, poiché tale è solo il reperto preconstituito e formato in sede extraprocessuale.*

Cass., sez. 5, sentenza 28 settembre 2018, n. 54496  
(dep. 05 dicembre 2018), Rv. 274168-02  
Pres. Bruno, Rel. Tudino, Imp. C., P.M. Di Leo (Diff.)  
(Annulla con rinvio, App. Roma)

**Reati contro il patrimonio – Delitti – Appropriazione indebita – Elemento oggettivo (materiale) Negozio fiduciario di trasferimento di quote societarie – Inadempimento dell'obbligo di ritrasferimento al fiduciante – Configurabilità del reato – Esclusione – Ragioni.**

*Non integra il delitto di appropriazione indebita la condotta dell'intestatario fiduciario di quote societarie che non ottemperi all'obbligo di ritrasferirle al fiduciante alla scadenza convenuta, in quanto il fiduciario ha la proprietà effettiva dei beni e non la mera detenzione ed inoltre le quote societarie, in quanto beni immateriali, non rientrano nella nozione penalistica di cosa mobile, così come definita dall'art. 624, comma secondo, c.p.*

Cass., sez. 2, sentenza 9 ottobre 2018, n. 53373  
(dep. 28 novembre 2018), Rv. 274084  
Pres. Diotallevi, Rel. Pellegrino, Imp. Z., P.M. Di Nardo (Conf.)  
(Dichiara inammissibile, App. Milano)

**Reati contro la persona – Delitti contro l'onore – Diffamazione – Col mezzo della stampa – Cronaca giudiziaria – Liceità – Limiti – Informazioni desumibili da un provvedimento giudiziario – Ricostruzione giornalistica di vicende penalmente rilevanti – Onere del giornalista di verificare direttamente le notizie e di dimostrarne la pubblica rilevanza.**

*La cronaca giudiziaria è lecita quando sia esercitata correttamente, limitandosi a diffondere la notizia di un provvedimento giudiziario in sé ovvero a riferire o a commentare l'attività investigativa o giurisdizionale; quando invece le informazioni desumibili da un provvedimento giudiziario sono utilizzate per ricostruzioni o ipotesi giornalistiche tendenti ad affiancare o a sostituire gli organi investigativi nella ricostruzione di vicende penalmente rilevanti e autonomamente offensive, il giornalista deve assumersi direttamente l'onere di verificare le notizie e di dimostrarne la pubblica rilevanza, non potendo reinterprete i fatti nel contesto di un'autonoma e indimostrata ricostruzione giornalistica.*

Cass., sez. 5, sentenza 28 settembre 2018, n. 54496  
(dep. 05 dicembre 2018), Rv. 274168  
Pres. Bruno, Rel. Tudino, Imp. C., P.M. Di Leo (Diff.)  
(Annulla con rinvio, App. Roma)

### Reati fallimentari – Bancarotta fraudolenta – In genere – Elemento soggettivo – Dolo specifico – Concorrente finalità di evitare il fallimento – Rilevanza – Fattispecie.

*In tema di bancarotta preferenziale, l'elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale; ne consegue che tale finalità non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile. (Fattispecie relativa ad erogazioni di denaro effettuate in favore di una società a cui erano stati affidati lavori edili in subappalto, in modo da ottenere dalla committente il pagamento dei lavori in corso d'opera e garantire così la sopravvivenza finanziaria della società amministrata dall'imputato).*

Cass., sez. 5, sentenza 5 giugno 2018, n. 54465

(dep. 05 dicembre 2018), Rv. 274188

Pres. Fumo, Rel. Micheli, Imp. M., P.M. Filippi (Diff.)

(Annulla con rinvio, App. Firenze)

### Reati fallimentari – Reati di persone diverse dal fallito – Fatti di bancarotta – Bancarotta fraudolenta per distrazione – Responsabilità dell'amministratore di diritto investito solo formalmente (c.d. testa di legno) – Condizioni.

*In tema di bancarotta fraudolenta, mentre con riguardo a quella documentale per sottrazione o per omessa tenuta in frode ai creditori delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (cosiddetto "testa di legno"), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture, non altrettanto può dirsi con riguardo all'ipotesi della distrazione, relativamente alla quale non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto.*

Cass., sez. 5, sentenza 26 settembre 2018, n. 54490

(dep. 05 dicembre 2018), Rv. 274166

Pres. Zaza, Rel. Mazzitelli, Imp. C., P.M. Lignola (Conf.)

(Annulla con rinvio, App. Catanzaro)

### Reato – Circostanze – Aggravanti comuni – Minorate difesa pubblica o privata – Furto commesso in ore notturne – Aggravante di cui all'art. 61, comma primo, n. 5, c.p. – Condizioni – Fattispecie.

*L'aggravante della minorata difesa si fonda su una valutazione in concreto delle condizioni che hanno consentito di facilitare l'azione criminosa non rilevando l'idoneità astratta di una situazione, quale il tempo di notte. (Nella fattispecie la Corte ha rigettato il ricorso dell'imputato ritenendo sussistere l'aggravante in relazione a un furto di rame accatastato nel giardino di una abitazione sita in zona isolata e poco illuminata, raggiungibile solo tramite strada sterrata, non rilevando invece in senso contrario il fatto che vi fosse a breve distanza dalla casa una stazione dei carabinieri).*

Cass., sez. 5, sentenza 18 giugno 2018, n. 53409

(dep. 28 novembre 2018), Rv. 274187

Pres. Bruno, Rel. Micheli, Imp. A., P.M. Picardi (Conf.)

(Rigetta, App. Firenze)

### Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Revoca, modificazione o sospensione – Fatto nuovo – Sentenza CEDU in ordine alla prevedibilità del reato – Rilevanza – Esclusione – Fattispecie.

*In tema di misure di prevenzione, non costituisce "fatto nuovo", legittimante la revoca della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, la pronuncia giurisprudenziale sovranazionale che affermi il difetto di prevedibilità in ordine alla fattispecie delittuosa con riferimento alla quale è stata applicata la suddetta misura di prevenzione. (In motivazione, la Corte ha escluso la rilevanza del principio affermato dalla Corte EDU con la sentenza 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, con la quale si è ritenuto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è una fattispecie di creazione giurisprudenziale).*

Cass., sez. 5, sentenza 3 ottobre 2018, n. 55894

(dep. 12 dicembre 2018), Rv. 274170

Pres. Bruno, Rel. Miccoli, Imp. P.

(Dichiara inammissibile, App. Lecce)

## Rassegna di merito

### CODICE PENALE

#### Concorso di persone nel reato: concezione unitaria – Estensione della punibilità a ciascun soggetto concorrente anche delle condotte altrui

(art. 110 c.p.)

*Nel ns ordinamento penale è stata adottata la teoria monistica del concorso di persone nel reato, così ripudiando le atipiche differenziazioni dottrinarie che si fondavano sulla entità e tipologia del contributo offerto dal compartecipe per optare per il principio della equivalenza delle cause. In base alla predetta concezione unitaria, accolta dall'art. 110 c.p., quindi l'attività costitutiva del concorso può essere rappresentata da qualsiasi forma di compartecipazione – da un contributo unitario e cosciente, da un apporto causale, materiale e psichico – a tutte o ad alcune delle fasi di ideazione, organizzazione ed esecuzione del reato. La norma citata ha, cioè una chiara funzione estensiva della punibilità, consentendo di attribuire tipicità a comportamenti che di per sé ne sarebbero privi, quando abbiano in qualsiasi modo contribuito alla realizzazione collettiva. Pertanto, nel caso in cui più persone agiscano in esecuzione di un accordo volto a violare una o più disposizioni di legge, tutte rispondono dei reati commessi, giacché l'azione è unica e sta carico di ciascun concorrente, il quale risponde come di azione propria, non solo degli atti da lui compiuti, ma anche di quelli compiuti dagli altri, se diretti al raggiungimento del fine concordato.*

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa Capasso, sentenza 19 ottobre 2018, n. 2416

#### Concorso di persone nel reato: contributo apprezzabile alla commissione del reato – Presupposto per la punibilità del soggetto concorrente

(art. 110 c.p.)

*Per la configurabilità del concorso di persone nel reato, è necessario che il concorrente abbia posto in essere un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato.*

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa Capasso, sentenza 19 ottobre 2018, n. 2416

#### Confisca: armi – Obbligatorietà – Limiti e condizioni

(art. 240 c.p.)

*La misura di sicurezza patrimoniale della confisca è imposta per tutti i reati in materia di armi ed è obbligatoria anche in caso di proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 bis c.p., restando esclusa soltanto nell'ipotesi di assoluzione nel merito per insussistenza nel merito dell'imputato.*

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa Di Petti, sentenza 10 dicembre 2018, n. 3014

#### Diffamazione: utilizzo di espressioni diffamatorie a mezzo facebook – Necessità di provare con certezza la riconducibilità del post con reperimento dell'indirizzo IP – Modalità

(art. 595 c.p.)

*Nel caso di diffamazione a mezzo Facebook, anche in presenza di indizi apparentemente stringenti e convergenti in ordine alla identificazione di un soggetto quale autore del reato, il presupposto imprescindibile per giungere ad una corretta individuazione dell'autore del post diffamatorio è quello di provare con certezza la riconducibilità del post diffamatorio al suo presunto autore, attività possibile, però solo attraverso il reperimento dell'indirizzo IP, dato, quest'ultimo quantomeno in grado di attestare l'effettiva titolarità del profilo "facebook" attraverso l'intestazione della linea telefonica allo stesso associata. (in tal senso cfr. Cass. 5352/2018)*

*In altri termini l'esatta individuazione dell'indirizzo IP relativo al profilo da cui sono state divulgate le espressioni*

*diffamatorie è elemento imprescindibile per giungere ad una corretta individuazione, ai fini della punibilità, dell'autore del reato di diffamazione commessa. La società Facebook, per il reato di cui all'art. 595 c.p., non fornisce dati informatici, indicando di procedere mediante rogatoria internazionale o tramite MLTA (accordo di mutua assistenza giudiziaria) ma, pur provvedendo tramite rogatoria internazionale non è possibile rinvenire alcun elemento utile in quanto la condotta incriminata dall'art. 595 c.p., non è considerata reato negli USA e pertanto il Ministero di Giustizia degli USA non fornisce alcun dato utile.*

Tribunale Nola, G.i.p. dr.ssa Basile, Ordinanza 23 gennaio 2019, n. 7926

### **Diffamazione: messaggio inserito in un sito internet – Aggravante di cui al comma 3 – Sussistenza**

(art. 595 c.p.)

*Sussiste la circostanza aggravante di cui all'art. 595 comma 3 c.p. dell'offesa recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, qualora il messaggio diffamatorio sia inserito in un sito internet per sua natura destinato ad essere normalmente visitato in tempi assai ravvicinati da un numero indeterminato di soggetti, quale è il caso del giornale telematico, analogamente a quanto si presume nel caso di un tradizionale giornale a stampa, a nulla rilevando l'astratta e teorica possibilità che esso non sia acquistato e letto da alcuno (cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 16262 del 04/04/2008 Ud. dep. 17/04/2008 Rv. 239832 Imputato: Tardivo).*

Tribunale Napoli, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 13 novembre 2017, n. 11994

### **Diffamazione: scriminante della provocazione applicabilità – Criteri e presupposti**

(art. 595 c.p.)

*La causa di non punibilità della provocazione sussiste in presenza di un nesso di causalità determinante tra il fatto provocante ed il fatto provocato, non essendo all'uopo sufficiente un legame di mera occasionalità ed in presenza dell'immediatezza della reazione, concetto – questo – che va inteso in senso relativo, richiedendo che tra l'insorgere della reazione ed il fatto ingiusto altrui vi sia una reale contiguità temporale (cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 30502 del 16/05/2013 Ud. dep. 15/07/2013 Rv. 257700 Imputato: Quaretti; Cass. Sez. 5, Sentenza n. 39508 del 11/05/2012 dep. 08/10/2012 Rv. 253732 Imputato: Grassi). Ne consegue che non è ravvisabile l'ingiustizia del fatto altrui, allorché la accesa polemica tra i soggetti non è rientrante nella disputaculturale/ideologica, ancorché conflittuale, tra personaggi pubblici qualificati nel settore dell'arte.*

Tribunale Napoli, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 13 novembre 2017, n. 11994

### **Diffamazione: scriminate della continenza – Presupposti**

(art. 595 c.p.)

*La scriminante della continenza, postula una forma espositiva corretta della critica rivolta – e cioè strettamente funzionale alla finalità di disapprovazione e che non trasmodi nella gratuita ed immotivata aggressione dell'altrui reputazione – ma non vieta l'utilizzo di termini che, pur avendo accezioni indubitabilmente offensive, hanno però anche significati di mero giudizio critico negativo di cui deve tenersi conto anche alla luce del complessivo contesto in cui il termine viene utilizzato e siano insostituibili nella manifestazione del pensiero critico in quanto non hanno adeguati equivalenti.*

Tribunale Napoli, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 13 novembre 2017, n. 11994

### **Diffamazione: diritto di critica – Diritto di satira – Differenze e presupposti**

(art. 595 c.p.)

*Diverso dal diritto di critica è il diritto di satira, inteso quale espressione artistica di sarcasmo e libertà di pensiero, sottratta al parametro della verità del fatto, in quanto esprime, mediante il paradosso e la metafora surreale, un giudizio ironico su un fatto, purché il fatto sia espresso in modo apertamente difforme dalla realtà tanto da potersene apprezzare subito l'inverosimiglianza e il carattere iperbolico. Sul piano della continenza, il linguaggio paradossale della satira è svincolato da forme convenzionali e quindi dal rigido parametro della correttezza dell'espressione. Pur tuttavia, è pur sempre soggetto al limite della continenza verbale e della funzionalità del lessico rispetto allo scopo di denuncia sociale che l'autore della satira intende perseguire non essendo legittimo esercizio di tale diritto la ridicolarizzazione aggressiva e fine a sé stessa della persona pubblica*

Tribunale Napoli, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 13 novembre 2017, n. 11994

### **Esercizio arbitrario delle proprie ragioni: sussistenza di una contesta giudiziale o di fatto tra le parti – Presupposto necessario per la configurabilità del reato**

(art. 392 c.p.)

*Per la configurabilità del reato di ragioni fattasi si richiede che il preteso diritto che l'agente intende esercitare sia oggetto di contrasto con un'altra persona, nel senso che, al momento della condotta violenta posta in essere dall'agente, sia*

già in atto tra gli interessati una contesa, giudiziale o di fatto intorno alla titolarità o alle modalità di esercizio di quel diritto. Si tratta di un reato istantaneo che si consuma nel momento e nel luogo in cui il soggetto si fa arbitrariamente e violentemente ragione da sé. Più in particolare il giudice nomofilattico in riferimento al momento consumativo del reato, ha stabilito che: “il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, sia con violenza sulle cose che con violenza alle persone, si consuma nel momento in cui la violenza o la minaccia sono esplicitate, senza che rilevi il conseguimento in concreto del fine perseguito. In sintesi osserva che il delitto in esame è un reato comune, di danno, di evento, a forma vincolata e l'elemento psicologico viene rappresentato dal dolo specifico.

Tribunale di Nola, G.o.T. dr.ssa Fedele, sentenza 25 ottobre 2018, n. 2507

### Esercizio arbitrario delle proprie ragioni: titolarità del diritto di querela – Soggetto titolare del diritto protetto

(art. 392 c.p.)

*La persona offesa dal reato titolare del diritto di querela a norma dell'art. 120 c.p., in riferimento al reato di ragion fattasi, deve essere individuata nel soggetto titolare dell'interesse direttamente protetto dalla norma penale e la cui lesione o esposizione a pericolo costituisce l'essenza dell'illecito. Ne consegue che nel reato di ragion fattasi, poiché l'interesse al ricorso obbligatorio alla giurisdizione viene in rilievo solo se la violazione del cosiddetto monopolio giurisdizionale è accompagnata da violenza sulle cose o alla persona, nel bene protetto rientrano anche valutazioni attinenti alla parte privata che rimane vittima dell'azione violenta di chi pretende di farsi ragione da sé, sicché persona offesa è anche colui che si trova nella possibilità di esercitare il contenuto di qualsiasi diritto in quanto titolare della “apparentia iuris”.*

Tribunale di Nola, G.o.T. dr.ssa Fedele, sentenza 25 ottobre 2018, n. 2507

### Furto: aggravante della destrezza – Condotta tipica

(art. 625 c.p.)

*La circostanza aggravante della destrezza sussiste qualora l'agente abbia posto in essere, prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, una condotta caratterizzata da particolari abilità, astuzia o avvedutezza ed idonea a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla “res”, sicché tale aggravante non è esclusa dal fatto che il soggetto passivo si accorga della manovra furtiva durante la sua esecuzione ed è dunque applicabile anche al delitto di furto tentato, quando l'azione posta in essere dall'agente per impossessarsi della cosa, per le sue caratteristiche e con riferimento a tutte le modalità di tempo, di esecuzione e di luogo, si presenti idonea a eludere la vigilanza dell'uomo medio. (Fattispecie in tema di furto tentato di telefono cellulare che veniva sottratto da una borsa su un mezzo di trasporto pubblico cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12851 del 07/12/2017 Cc. (dep. 20/03/2018 )Rv. 272688 Imputato: Miele e altro).*

Tribunale di Napoli, sez. I, sentenza 19 giugno 2018, n. 9271, Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

### Prescrizione: omicidio colposo – Normativa precedente – Applicabilità

(art. 589 c.p.)

*Ai sensi dell'art. 157 c.p. ante L. 251/05, nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicano anche a tale effetto le disposizioni dell'articolo 69: da ciò deriva che, ritenute prevalenti le circostanze attenuanti generiche, ai fini del calcolo della prescrizione si deve tener conto della pena massima prevista dall'art. 589 c. 1, ridotta di almeno un giorno per la concessione delle geniche prevalenti, e ad essa vanno aggiunte tutte le interruzioni che non possono, ex art. 160 ante L. 251/05, superare la metà della pena massima stabilita, oltre che alle eventuali sospensioni processuali intervenute in pendenza di giudizio di primo e secondo grado.*

Corte Appello Napoli, sez. I, sentenza 28 novembre 2018, n. 9003, Pres. Abbamonti

### Rapina: condotta tipica – Natura di reato di evento

(art. 628 c.p.)

*Il delitto di cui all'art. 628 c.p. richiede, per la sua configurabilità, l'impossessamento della cosa altrui mediante violenza o minaccia esercitate sulla persona fisica al fine di procurarsi un profitto ingiusto, laddove la minaccia può consistere in qualunque comportamento potenzialmente idoneo ad incutere timore e turbare la libertà psichica di autodeterminazione del soggetto. Quanto alla violenza, essa ha un carattere cronologicamente anteriore nella rapina propria essendo diretta all'appropriazione che, a sua volta, assume una valenza consumativa del reato, mentre, nel caso della rapina impropria, la violenza o minaccia hanno un carattere cronologicamente successivo all'appropriazione sicché sono proprio la violenza o la minaccia ad assumere la valenza consumativa del reato (cfr. Cass. Sez. 2 n. 6479 del 2011). Questo delitto, sia nella forma propria che in quella impropria, costituisce un tipico delitto di evento, suscettibile come tale di arrestarsi allo stadio del tentativo, qualora la sottrazione non si verifichi.*

Tribunale di Napoli, sez. I, sentenza 19 giugno 2018, n. 9271, Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

## Rapina impropria: modalità della condotta – Violenza o minaccia alla persona – Rapporto di immediatezza con la sottrazione – Tentativo – Previsione

(art. 628 c.p.)

*Il reato di rapina impropria è connotato strutturalmente dalla violenza alla persona quando essa sia esercitata immediatamente dopo la sottrazione per procurare a sé o ad altri il possesso del bene o l'impunità. In altri termini, il delitto include la condotta tipica del furto ossia la sottrazione e l'impossessamento cui si aggiunge l'elemento della violenza alla persona o della minaccia sempreché sussista un rapporto di immediatezza tra sottrazione della cosa e violenza utilizzata per assicurarsi l'impunità. Peraltro, è stato ritenuto configurabile anche il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei alla sottrazione della cosa altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla propria volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l'impunità (si veda Cass. sez.un., Sentenza n. 34952 del 19/04/2012 Cc. dep. 12/09/2012 Rv. 253153 Imputato: Reina). Sul requisito della violenza, essa può consistere anche in una spinta o in un semplice urto in danno della vittima, finalizzati a realizzare l'impossessamento della cosa. In altri termini, ogni energia fisica adoperata dall'agente verso la persona offesa al fine di annullarne o limitarne la capacità di autodeterminazione (cfr. Cass. sez. 2, Sentenza n. 3366 del 18/12/2012 Ud. dep. 23/01/2013 Imputato: Fadda Mereu ; Sez. 2, Sentenza n. 14901 del 19/03/2015 Ud. dep. 10/04/2015 Rv. 263307 imputato: D'Agostino). E tale violenza può essere esercitata anche su persona diversa dal derubato purché sussista il nesso di contestualità tra l'azione predatoria e la violenza o, comunque, non sia intercorso un lasso temporale tale da interrompere il nesso di contestualità dell'azione che deve essere connotata da unitarietà finalizzata ad assicurare la refurtiva ovvero l'impunità (cfr. Cass. pen. sez. VI sentenza 2.3.1999 n.2828).*

Tribunale di Napoli, sez. I, sentenza 19 giugno 2018, n. 9271, Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

## Violazione degli obblighi di assistenza familiare: omessa corresponsione di mezzi di sussistenza al figlio minore – Irrilevanza del contributo dell'altro genitore

(art. 570 c.p.)

*Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 570 c. 2 c.p. l'obbligo di fornire i mezzi di sussistenza al figlio minore ricorre anche quando vi provveda in tutto o in parte l'altro genitore con i proventi del proprio lavoro e con l'intervento di altri congiunti, atteso che tale sostituzione non elimina lo stato di bisogno in cui versa il soggetto passivo.*

Corte appello Napoli, sez. I, sentenza 28 novembre 2018, n. 9010, Pres. Abbamonti

## CODICE DI PROCEDURA SPECIALE

### Valutazione della prova: deposizione della persona offesa – Prova ex sé esaustiva – Ammissibilità

(art. 192 c.p.p.)

*La persona offesa è riconosciuta la capacità di testimoniare a condizione che la sua deposizione non immune da sospetto per essere la stessa portatrice di interesse in posizione in antagonismo con quelli dell'imputato, sia ritenuta veridica, dovendosi a tal fine far ricorso all'utilizzazione ed all'analisi di qualsiasi di qualsiasi elemento di riscontro o di controllo ricavabile dal processo. È però anche opportuno precisare che, non configurando il dettato normativo alcuna pregiudiziale di natura ontologica alla utilizzabilità della stessa deposizione quale prova ex se esaustiva per l'affermazione della responsabilità penale, eventuali riscontri estrinseci, se acquisiti, non devono necessariamente presentare le connotazioni che si richiedono per la verifica della chiamata in correità (cioè in sintesi la convergenza con altri elementi di natura indiziaria e la portata individualizzante o specifica del riscontro, che deve riguardare, nel caso di chiamata, sia la persona dell'incolpato, che le imputazioni a lui ascritte).*

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa Capasso, sentenza 19 ottobre 2018, n. 2416

## LEGGI PENALI SPECIALI

### Armi: detenzione e porto di arma clandestina – Concorso con detenzione e porto di arma comune da sparo – Presupposti e limiti

(art. 23 L. 110/75)

*I reati di detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di un'arma clandestina – in virtù dell'operatività del principio di specialità – non possono concorrere, rispettivamente, con i reati di detenzione e porto illegale, in luogo pubblico o aperto al pubblico, della medesima arma comune da sparo. L'identità della condotta materiale, sul piano storico-naturalistico, induce infatti a rilevare che il dato della clandestinità dell'arma integra un elemento specializzante per aggiunta unilaterale. I reati di cui all'art. 23, primo, terzo e quarto comma, legge n. 110 del 1975*

costituiscono ipotesi criminose speciali, rispetto a quelle di cui agli artt. 2, 4 e 7, legge n. 895 del 1967, giacché contengono tutti gli elementi costitutivi della condotta - detenzione e porto di un'arma comune da sparo - e, in più, quale elemento specializzante, il dato della clandestinità dell'arma comune da sparo, che risulta non catalogata o sprovvista dei segni identificativi previsti dall'art. 11, legge n. 110 del 1975 (cfr. Cass. pen. sez.un. 41588/2017 cit.). Il principio di specialità presuppone, in altri termini, l'unità naturalistica del fatto. Ma resta, in ogni caso, impregiudicata la possibilità del concorso tra i suddetti reati qualora l'agente ponga in essere una pluralità di condotte nell'ambito di una progressione criminosa, nella quale, alla detenzione o al porto illegale di un'arma comune da sparo, segua, in un secondo momento, la fisica alterazione dell'arma medesima.

Tribunale Napoli, sez. I, sentenza 6 luglio 2018, n. 9928, Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

### Misura di prevenzione: confisca – Presupposti e limiti

(art. 12-sexies)

*L'art. 12 sexies configura la confisca come misura di sicurezza patrimoniale atipica, modellata secondo lo schema della misura di prevenzione antimafia, dalla quale mutua la finalità preventiva (cfr. in tal senso anche Cass. pen., sez. un., 17.7.2001, Derouach).*

*Infatti, detta confisca è fondata sulla condanna per uno dei reati tassativamente indicati e su una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, superabile soltanto attraverso la prova liberatoria della legittima provenienza dei beni, offerta dal condannato. In buona sostanza, il provvedimento ablatorio incide su tutti i beni di valore non proporzionato al reddito o all'attività economica del condannato e dei quali questi non possa giustificare la provenienza: di talché, non essendo colpiti solo i beni collegati al delitto "presupposto", quali profitto o provento dello stesso, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, all'interno della disciplina dettata dall'art. 12 sexies, non ha rilevanza il rapporto di pertinenza tra i beni sottoposti a confisca e il reato per il quale è stata pronunciata la condanna (cfr. Cass. pen., sez. un., 17.12.2003, Montella). Ha aggiunto, la Suprema Corte che dall'evidente nesso strumentale del sequestro rispetto alla confisca, per cui il primo è diretto ad evitare che siano sottratti o dispersi beni oggetto del futuro provvedimento ablatorio, deriva che i caratteri strumentali e funzionali della confisca ex art. 12 sexies, profondamente differenziati da quelli che sono propri della confisca ordinaria prevista dall'art. 240 c.p., si riflettono necessariamente sulle condizioni richieste per il sequestro previsto dalla prima disposizione, dato che sequestro e confisca rappresentano "istituti fra loro specularmente correlati sul piano dei presupposti" (cfr. Corte cost., 29.1.1996, n. 18). Pertanto, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 240 bis c.p. postula una valutazione deliberativa diretta all'accertamento della confiscabilità dei beni sequestrati, che, a sua volta, dipende dalla futura pronuncia di condanna per il delitto "presupposto" e dalla sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o all'attività economica esercitata dal condannato, nonché dalla mancata dimostrazione della loro legittima provenienza. E tali, quindi, sono stati identificati i presupposti peculiari per l'applicazione della misura cautelare reale di cui trattasi. In buona sostanza, la Cassazione ha affermato che, poiché la disciplina di cui all'art. 12 sexies è qualificata dalla rottura del rapporto pertinenziale tra bene e reato, la valutazione giudiziale non può non investire la posizione del soggetto nella cui disponibilità si trovano le cose, la cui pericolosità è un riflesso della pericolosità della persona che ne è titolare, onde questa deve formare oggetto di deliberazione precognitiva in sede di sequestro preventivo e di accertamento pieno in sede di confisca, risultante dalla condanna per uno dei gravi reati che lo stesso art. 12 sexies considera riconducibili nel crimine organizzato. Da siffatte riflessioni, la Suprema Corte ha enunciato nell'ipotesi del sequestro preventivo in esame il seguente peculiare principio, vale a dire che "la previsione di condanna, condizione necessaria della confisca, assorbe il requisito del "fumus commissi delicti" e presenta un contenuto valutativo più ampio, dato che il giudice non deve solo verificare – come in tutti gli altri casi di sequestro – in modo puntuale e coerente le risultanze processuali in base alle quali vengono ritenuti esistenti in concreto il reato configurato e la conseguente possibilità di sussumere questa fattispecie in quella astratta, ma deve altresì accertare se sia formulabile un plausibile giudizio prognostico alla luce del quale appaia probabile la condanna dell'imputato per uno dei delitti elencati nell'art. 12 sexies". E' sempre la Suprema Corte a chiarire che ai fini della "sproporzione, i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, devono essere fissati nel reddito dichiarato o nelle attività economiche, al momento dei singoli acquisti rispetto al valore dei beni di volta a volta acquisiti" (vedi Cass. sez.un. del 19/1/2004 n. 920); la "giustificazione credibile consiste nella prova della positiva liceità della loro provenienza e non in quella negativa della loro non provenienza dal reato, per cui è stata inflitta condanna" (vedi Cass. sez.un. del 19/1/2004 n. 920); le "condizioni necessarie e sufficienti per disporre il sequestro preventivo dei beni confiscabili ex art. 12 sexies d.l. 306/1992 consistono nel fumus commissi delicti e nell'esistenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca, con riguardo alla sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività economiche del soggetto ed alla mancata giustificazione della lecita provenienza" (vedi Cass. sez.un. del 19/1/2004 n. 920); Ai fini della predetta confisca, il giudice non deve dunque ricercare alcun nesso di derivazione tra i beni confiscabili e il reato per cui ha pronunciato condanna e tra questi e l'attività criminosa del condannato (cd. vincolo di pertinenzialità), in quanto, una volta intervenuta la condanna,*

la confisca va sempre ordinata quando sia provata dal P.M. l'esistenza di una sproporzione tra il valore economico dei beni di cui il condannato ha la disponibilità e il reddito da lui dichiarato o i proventi della sua attività economica e non risulti, da parte della difesa, una giustificazione credibile circa la provenienza delle cose. Essendo peraltro la condanna e la stessa presenza della somma di beni sproporzionati realtà "attuali", la confiscabilità dei singoli beni, derivante da una situazione di pericolosità presente, non è esclusa per il fatto che i beni siano stati acquisiti in data antecedente o successiva al reato per cui si è proceduto (di qui la differenza con la confisca "ordinaria" di cui all'art. 240 c.p.) ovvero che il loro valore superi il provento del delitto per cui è intervenuta condanna (di qui la differenza con la confisca "di valore"). Ci si trova, in definitiva, di fronte ad una "misura di sicurezza atipica" (la quale, in quanto tale, può avere ad oggetto anche beni pervenuti nel patrimonio del reo in epoca anteriore all'entrata in vigore del citato art. 12) con funzione anche dissuasiva (parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla legge 31 maggio 1965 n. 575), in relazione alla quale i termini di raffronto dello squilibrio non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nella attività al momento dei singoli acquisti rispetto al valore dei beni di volta in volta acquisiti. La giustificazione credibile da parte dell'interessato, invece, attiene alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per il quale si è stati condannati: e così, per esempio, per gli acquisti che hanno un titolo negoziale, occorre un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico-formali) di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento (cioè che le risorse impiegate per il compimento del negozio giuridico derivino da legittime disponibilità finanziarie), spiegazione che sarà poi valutata secondo il principio del libero convincimento (sez.un., n. 920 del 17.12.2003, Montella; Cass., Sez. I, n. 11269, del 18.2.2009; Cass., Sez. VI, n. 5452 del 21.1.2010; Cass., Sez. I, n. 19516 dell'1.4.2010).

Tribunale Nola, G.M. dr. Martucci Scarfizzi, decreto 7 novembre 2018, n. 2091

#### Patrocinio a spese dello Stato: false dichiarazioni delle condizioni di reddito – Configurabilità del reato (art. 945 d.P.R. 115/2002)

In punto di diritto si osserva che il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 sanziona specificamente le falsità o le omissioni nelle dichiarazioni o nelle comunicazioni per l'attestazione delle condizioni di reddito in vista dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. E' orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità che la fattispecie criminosa prevista dalla norma in esame rientra nella categoria dei reati di pericolo e che, in caso di falsa attestazione, il reato sussiste anche se il reddito realmente percepito avrebbe ugualmente consentito l'ammissione del soggetto beneficiario al gratuito patrocinio, in quanto il falso ha una ratio propria di punibilità nell'oggetto giuridico "pubblica fede". Da ciò deriva che l'inganno potenziale derivante dalla falsa attestazione di dati necessari per determinare al momento dell'istanza le condizioni di reddito sussiste anche quando le alterazioni od omissioni di fatti veri risultino poi ininfluenti per il superamento del limite di reddito previsto dalla legge per l'ammissione al beneficio (cfr. Cass., Sezioni unite Penali, Sentenza 27 novembre 2008, dep. 16 febbraio 2009, n. 6591 Infanti, Rv. 242152 secondo cui le false indicazioni o le omissioni anche parziali dei dati di fatto riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, integrano il delitto indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio). E' stato, inoltre, precisato, che il reato è integrato non già da qualsivoglia infedele attestazione ma dalle dichiarazioni con cui l'istante affermi, contrariamente al vero, di avere un reddito inferiore a quello fissato dalla legge come soglia di ammissibilità, ovvero neghi o nasconda mutamenti significativi del reddito dell'anno precedente, tali cioè da determinare il superamento di detta soglia.

Tribunale Napoli, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 30 gennaio 2018, n. 1698

#### Patrocinio a spese dello stato: obbligo dichiarativo del reddito complessivo – Alterazioni od omissioni ininfluenti per il superamento del limite di reddito – Irrilevanza penale – Sussistenza del reato di falso (art. 95 d.P.R. 115/2002)

Da una lettura sistematica delle norme del D.P.R. 115/2002 (art. 76-79-92-96) si evince, in altri termini, che l'istanza deve contenere ogni elemento o dato descrittivo utile alla determinazione del reddito compresi i dati relativi al reddito dei familiari conviventi, nonché l'indicazione di ogni fonte, anche potenziale, di reddito tra cui certamente va inclusa la titolarità di diritti reali su immobili o di beni mobili registrati. Ciò al fine di consentire al Giudice di disporre di tutte le informazioni necessarie per la decisione essendo riservato al magistrato il potere di respingere eventualmente l'istanza in considerazione delle condizioni di vita personali e familiari e del tenore di vita del richiedente desumibile anche dalla titolarità di immobili o beni mobili registrati. Sussiste pertanto un obbligo dichiarativo dell'istante a prescindere dalla incidenza della dichiarazione sul superamento del limite di reddito, sicché il reato si configura in presenza di false attestazioni o omissioni idonee a determinare un potenziale inganno, anche se esse si rivelino poi ininfluenti per il superamento della soglia di reddito prevista dalla legge. Infatti, la specifica falsità nella dichiarazione sostitutiva (artt. 95-79 T.U.S.G.) è connessa all'ammissibilità dell'istanza non a quella del beneficio

*perché solo l'istanza ammissibile genera obbligo di decidere nel merito, allo stato. L'inganno potenziale, della falsa attestazione di dati necessari per determinare al momento dell'istanza le condizioni di reddito, sussiste quand'anche le alterazioni od omissioni di fatti veri risultino poi ininfluenti per il superamento del limite di reddito (così sentenza sez.un. citata Infanti).*

Tribunale Napoli, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 30 gennaio 2018, n. 1698

### Patrocinio a spese dello Stato: false dichiarazioni – Elemento soggettivo

(art. 95 d.P.R. 115/2002)

*Sul versante dell'elemento psicologico del reato, è richiesto il dolo generico, ovvero sia la coscienza e volontà della falsificazione della dichiarazione o della falsa attestazione, posto che le norme in materia di falso di cui l'art. 95 costituisce un'ipotesi speciale, mirano a tutelare la veridicità in astratto degli atti stessi a prescindere dalle effettive conseguenze dannose ed indipendentemente da fini di vantaggio o di danno che si propone l'agente, e, dunque, l'attività del giudice preposto alla verifica del diritto al beneficio di talché il delitto è perfezionato anche quando la falsità sia compiuta con la convinzione di non arrecare un danno ovvero senza l'intenzione di conseguire un profitto (Cass. pen. sez. V° 17/02/2004 nr. 6246). Se è vero che è sufficiente il dolo generico, e quindi la mera consapevolezza e volontà della falsità, senza che assuma rilievo la finalità di conseguire un beneficio che non compete, è pur vero che il dolo generico non può essere considerato "in re ipsa" ma deve essere rigorosamente provato di talché il reato va escluso quando risulti che il falso deriva da una semplice leggerezza ovvero da una mera negligenza dell'agente stante la mancata previsione di sistema del falso documentale colposo. In altri termini, richiamando i principi enucleati dalla giurisprudenza di legittimità, a prescindere dal superamento o meno del limite massimo per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato - che, nella specie, in ogni caso, è stato ampiamente superato - e, quindi, dalla effettiva incidenza delle dichiarazioni false o delle omissioni sull'ammissione al beneficio, la palese omissione nell'istanza di elementi significativi di valutazione del reddito comprensivo altresì della consistenza dei beni facenti parte del patrimonio dell'istante e la contestuale dichiarazione di dati reddituali del tutto contrastanti con le emergenze dell'anagrafe tributaria, integrano certamente il reato di falso di cui all'art. 95 d.P.R. 115/2002. Invero, l'onere imposto al richiedente è l'indicazione di ogni fonte, anche potenziale, di reddito si da rappresentare al Giudice investito della istanza la situazione reddituale e le condizioni di vita effettive. Logico corollario è che devono essere dichiarati sia i diritti reali su immobili (non solo fonti attuali quali ad esempio, usufrutto ma anche solo potenziali di reddito quali la nuda proprietà). Parimenti, s'impone l'onere dichiarativo di beni mobili registrati poiché la titolarità di tali beni pure incide sulla valutazione da parte del Giudice del tenore di vita, ai sensi dell'art. 96 del d.P.R. 115/02 con la conseguenza che non può ritenersi falso innocuo o non punibile la mancata indicazione di tali dati nell'istanza, trattandosi di omissione potenzialmente idonea all'inganno ancorché il reddito complessivo sia risultato tale da non superare la soglia prevista dalla legge (vds. in tal senso sez.un. Infanti citata)*

Tribunale Napoli, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 30 gennaio 2018, n. 1698

### Codice della strada: guida sotto effetto di stupefacenti – Accertamento – Prelievi di rito – Avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore – Omissione – Nullità – Previsione

(art. 187 c.d.s.)

*L'avviso preventivo della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia a sottoporsi ai prelievi di rito per verificare l'alterazione dovuta all'assunzione di stupefacenti è dovuto, secondo i dettami della Corte di legittimità, anche in caso di rifiuto manifestato dal conducente (cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 34383 del 06/06/2017 Ud. dep. 13/07/2017 Rv. 270526 Imputato: Emanuele). Invero, il sistema di garanzie processuali impone che l'avviso debba essere rivolto al conducente del veicolo prima di procedere all'accertamento, nel momento in cui viene avviata la procedura di accertamento strumentale con la richiesta di sottoporsi al relativo test dell'alcolemia indipendentemente dal suo esito che potrebbe anche essere di rifiuto (cfr. Cass. pen. sez. 4 sentenze 18411 del 27.4.2018 e n. 29081 del 29.06.2018 imputato Cordenons; Sez. 4 n. 49236 del 3/11/2016 non massimata).*

*Ne consegue che il rifiuto all'accertamento, dovendosi collocare all'interno di tale procedimento, le cui scansioni sono normativamente previste, è suscettibile di integrare la fattispecie incriminatrice solo se il conducente sia stato previamente avvisato della facoltà di farsi assistere da un difensore.*

Tribunale di Nola, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 17 settembre 2018, n. 10099

### Codice della strada: guida sotto effetto di stupefacenti – Accertamento – Prelievi di rito – Avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore – Omissione – Nullità rilevabile ex officio – Previsione

(art. 187 c.d.s.)

*L'omesso avviso della facoltà di farsi assistere dal difensore integra una nullità a regime intermedio soggetta alle regole di cui agli artt. 180-182 c.p.p. Laddove eccepita tardivamente dalla parte, essa può essere rilevata d'ufficio dal giudice nei termini di cui all'art. 180 c.p.p. con la conseguenza, secondo i giudici di legittimità, che 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 che può rilevarla d'ufficio.*

Tribunale di Nola, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 17 settembre 2018, n. 10099

### **Codice della strada: guida sotto effetto di stupefacenti – Accertamento – Prelievi di rito – Avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore – Nullità rilevabile ex officio**

*Non può ritenersi operativa la sanatoria della nullità prevista del disposto dell'art.182 c.p.p., se non dedotta dall'interessato prima dell'accertamento ovvero immediatamente dopo il compimento dell'atto, in quanto soggetto che non ha o si presume non abbia, le conoscenze tecnico-processuali per apprezzare la nullità di un atto e che non è tenuto ad attivarsi per eccepire la nullità a pena di decadenza essendo questa demandata al difensore, ossia alla parte tecnica. Importante corollario che si ricava dalla pronuncia delle Sezioni unite è che “una volta escluso che possa trovare applicazione il limite della deducibilità della nullità di cui all'art. 182, comma 2, primo periodo, cod. proc. pen., non vi è base normativa per ancorare il limite di tempestività della deduzione di nullità al momento immediatamente successivo alla nomina del difensore, attraverso memorie (come ritenuto nel caso di specie dal Tribunale; v. inoltre, in questo senso, da ultimo, Sez. 4, 04/07/2013, Rrotani, Rv. 256213; Sez. 4, n. 44840 del 11/10/2012, Tedeschi, Rv. 254959; oltre alle già citate sentenze Sez. 4 n. 36009, Martelli, e n. 13999, Pittiani), o a quello della scadenza del termine di cinque giorni dal deposito dell'atto di indagine ex art. 366 cod. proc. pen. (tra le altre, Sez. 3, n. 14873 del 28/03/2012, Rispo, Rv. 252397; Sez. 2, n. 19100 del 12/04/2011, Syll, Rv.250191; Sez. 2, n. 13392 del 23/03/2011, Mbaye, Rv. 250046), o anche a quello del compimento del primo atto successivo del procedimento (v. Sez. 4, n. 45622 del 04/11/2009, Maci, Rv. 245797; Sez. 4, n. 45621 del 04/11/2009, Moretti, Rv. 245462). Infatti, trovando applicazione il disposto dell'art. 182, comma 2, secondo periodo, cod. proc. pen., l'eccezione di nullità può essere tempestivamente proposta entro il limite temporale della deliberazione della sentenza di primo grado”.*

Tribunale di Nola, G.M. dr.ssa Bottillo, sentenza 17 settembre 2018, n. 10099



## Diritto amministrativo

IL POTERE ISPETTIVO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI .....	126
di Ivana Nasti	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE ( <i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i> ) .....	134
a cura di Almerina Bove	



## Il potere ispettivo delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

### abstract

*In the commentary on the European and national provisions in force concerning the verification and control of public administrations, some reflections on the inspection power of the independent administrative Authorities are carried out, with reference, in particular, to the description of the procedure in force at the Communications Guarantee Authority.*

### keywords

*Inspection – IT inspection – enforcement – sanctions – defense – contradictory – AGCM – ARERE – ANAC – CONSOB – AGCOM.*

### abstract

*Nel commento alle disposizioni europee e nazionali vigenti sulle attività di verifica e controllo delle pubbliche amministrazioni si svolge qualche riflessione sul potere ispettivo delle Autorità amministrative indipendenti, con riferimento, in particolare, alla descrizione della procedura vigente presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.*

### parole chiave

*Ispezione – ispezione informatica – enforcement – sanzioni – difesa – contraddittorio – AGCM – ARERE – ANAC – CONSOB – AGCOM.*

### sommario

**1.** L'ispezione nell'ordinamento giuridico amministrativo europeo e italiano. – **2.** Il potere ispettivo esercitato dalle Autorità amministrative indipendenti. – **3.** Il procedimento ispettivo presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

#### 1. L'ispezione nell'ordinamento giuridico amministrativo europeo e italiano

L'esercizio del potere ispettivo da parte dei poteri pubblici nazionali va inquadrato nella cornice delle disposizioni sovranazionali, europee e convenzionali e valutato alla loro stregua.

In primo luogo rileva la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>1</sup>, cui anche le Istituzioni europee devono

plasmarsi pur quando agiscono in osservanza dei Trattati comunitari. L'articolo 6 della Convenzione garantisce il diritto di difesa; l'articolo 8 sancisce il diritto al rispetto della vita privata, del domicilio e della corrispondenza e condiziona la restrizione di tale diritto alla sussistenza di una disposizione di legge, alla legittimità dello scopo, alla necessità della misura; l'articolo 13 consacra il diritto di ricorso effettivo innanzi ad una istanza nazionale anche quando la violazione sia stata commessa nell'esercizio di funzioni ufficiali.

Come si accennava, anche l'Unione europea deve riferirsi, nella sua regolazione del potere ispettivo e nella relativa azione, al parametro fornito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A tale approdo si è pervenuti da tempo sia in virtù dell'autonomo atto di "riconoscimento" operato dall'Unione europea laddove all'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea si è sancito il rispetto, da parte dell'Unione, dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione, sia per derivazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, per orientamento consolidato, nel sindacare la conformità alla Convenzione delle misure nazionali di applicazione del diritto comunitario potrebbe di fatto giudicare la compatibilità della norma europea attuata dallo Stato con i principi della Convenzione stessa<sup>2</sup>; quanto, infine, per orientamento uniforme della Corte di giustizia<sup>3</sup>, la quale riconosce che i diritti fondamentali sanciti nella Convenzione costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario.

Con le proprie peculiarità rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali, nell'ordinamento giuridico europeo assume particolare rilevanza, in sede speculativa, il regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, che ha sostituito il regolamento (Cee) n. 17/1962 del Consiglio del 6 febbraio 1962, in materia di intese e abusi di posizione dominante. Le modifiche alla versione originaria del 1962 si conno-

dell'uomo e delle libertà fondamentali, a cura di S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001.

<sup>2</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, Cantoni c. France, in M. de Salvia, V. Zagrebelsky, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Milano, 2006, p. II, 507.

<sup>3</sup> Corte di giustizia, *Baustahlgewerbe* del 17 dicembre 1998 (C-185/95); *Carpenter* dell'11 luglio 2002 (C-60/00); *Roquette Frères* del 22 ottobre 2002 (C-94/00).

<sup>1</sup> Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti

tano per l'introduzione di poteri ispettivi più incisivi rispetto al passato sotto il profilo della ingerenza degli ispettori, anche presso il domicilio privato del soggetto ispezionato e con il ricorso alla forza di pubblica sicurezza, nonché in merito agli strumenti d'indagine utilizzabili, quali la richiesta d'informazioni, la raccolta di dichiarazioni e, appunto, le ispezioni, nel rispetto del principio di necessità e di proporzionalità della misura<sup>4</sup>.

A livello nazionale l'articolo 14 della Costituzione sancisce la inviolabilità del domicilio e prescrive che "Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale". Al secondo comma si sancisce una riserva relativa di legge allorquando è previsto che "Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali".

La disposizione in esame è presidiata dalle medesime garanzie previste all'articolo 13 a tutela della libertà personale, di cui costituisce evidentemente espressione così come i successivi articoli dedicati alla riservatezza della corrispondenza (articolo 14) e alla manifestazione del pensiero (articolo 21). Per inviolabilità s'intende evidentemente il diritto ad avere una sfera privata al riparo da ogni ingerenza esterna e di terzi; e il domicilio non è quello dove l'individuo stabilisce la propria dimora abituale in senso lato, non soltanto cioè il domicilio abitativo; ma anche quello lavorativo. Soltanto una legge speciale può ammettere la restrizione di questo tipo di libertà personale ed esclusivamente per i motivi prescritti al secondo comma dell'articolo 14 e cioè: per motivi di sanità, incolumità pubblica o a fini economici e fiscali.

## 2. Il potere ispettivo esercitato dalle Autorità amministrative indipendenti

L'ispezione è un'attività svolta nell'ambito della funzione di vigilanza e controllo ed è finalizzata a verificare che l'oggetto dell'ispezione sia conforme alle regole.

L'esercizio di questa funzione da parte delle Autorità amministrative indipendenti non è dissimile da quella svolta dalle altre pubbliche amministrazioni.

La natura peculiare<sup>5</sup> delle *Authorities* non esclude, infatti, che esse, da una parte, possano e debbano servirsi degli istituti di controllo che l'ordinamento giuridico dispone a corredo del buon andamento della pub-

blica amministrazione; dall'altra che esse siano tenute, nell'esercizio della funzione di vigilanza, al rispetto dei canoni costituzionali a tutela della libertà individuale, della partecipazione e della effettività della difesa anche giudiziale sanciti per ogni corpo dello Stato<sup>6</sup>.

Le Autorità rientrano, quindi, anch'esse nel novero dei soggetti tenuti al rispetto degli articoli summenzionati della Costituzione e dell'articolo 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"), il cui comma 1, lettera b) dispone che il responsabile del procedimento, nell'esercizio del potere di adottare "ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria" può disporre "ispezioni ed ordinare esibizioni documentali". Si tratta della ispezione cd. istruttoria, che può essere svolta nell'ambito di un procedimento volto all'adozione di un provvedimento amministrativo e che è diversa dalle ispezioni ordinarie, che non si innestano in un procedimento; ma costituiscono esse stesse un procedimento autonomo<sup>7</sup>.

Entrambi i tipi di ispezione possono essere utilizzati dalle Autorità nell'esercizio delle loro funzioni tanto di vigilanza quanto di regolazione. La finalità ispettiva, infatti, può essere volta a verificare se vi è stato il rispetto delle regole precostituite da parte del soggetto tenuto alla loro osservanza e costituisce quindi una finalità di vigilanza; ma può anche servire all'Autorità a comprendere se la regolamentazione da essa posta in essere è suscettibile di migliorie o modifiche alla luce della sua applicazione concreta. Ed è questa una finalità conoscitiva in senso stretto.

Nelle ispezioni cd. istruttorie, segnatamente, l'azione ispettiva è volta ad acquisire elementi conoscitivi necessari a verificare che sussistano gli estremi per l'adozione di un provvedimento sanzionatorio ovvero di una misura o rimedio in materia, ad esempio, di tutela della concorrenza e del mercato (Agcm<sup>8</sup>; Consob<sup>9</sup>).

Tale tipo di ispezione deve rispettare i principi fissati nell'articolo 6 della legge n. 241/1990 e, quando

<sup>6</sup> F. Criscuolo, I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedurali, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto, Napoli, 2006, 359 ss.

<sup>7</sup> In generale sull'istituto della ispezione e sulla distinzione tra ispezioni ordinarie e istruttorie, M. Gerardo, L'ispezione nel diritto amministrativo, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2017, 1 ss.

<sup>8</sup> Sui poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza, A. Tonetti, cit. nonché M. Conticelli – A. Tonetti, La difficile convivenza tra regolazione e antitrust: il caso delle comunicazioni elettroniche, in *Riv. Trim. dir. Pubblico*, 2008, 71 ss..

<sup>9</sup> Delibera Consob 21 giugno 2005, n. 15086 e delibera 5 agosto 2005, n. 15131, con commento di A. Tonetti, Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 1227, che tratteggia in maniera critica il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob, in quanto privo di tutte le garanzie che la normativa primaria fissa a tutela degli interessati.

<sup>4</sup> Illustra le caratteristiche del potere ispettivo comunitario, anche in chiave problematica, A. Tonetti, La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza, in *Riv. Trim. dir. Pubblico*, 2005, 83 ss.

<sup>5</sup> Sull'ampio dibattito sviluppatosi negli anni novanta sulle Autorità indipendenti la letteratura è ampia. Per tutti, F.G. Scoca, I modelli organizzativi, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, 577 ss.

incide sulla sfera giuridica di terzi, condizione necessaria ai fini della legittimità dell'azione è costituita dalla presenza di una disposizione di legge ad hoc che, nel determinato settore, sancisca la sussistenza del potere ispettivo. Per esempio l'articolo 6, comma 9, lettere a) e b) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 attribuisce all'ANAC il potere di "disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato". Una disposizione simile è recata nell'articolo 2, comma 12, lettera g) della legge 14 novembre 1995, n. 481 laddove prescrive che le Autorità per i servizi di pubblica utilità (Agcom e AEEG, oggi ARERA) controllano "lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili". Nel settore antitrust è l'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, recante il Regolamento sulle procedure istruttorie di competenza dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato, che autorizza l'Autorità a disporre ed effettuare ispezioni nei confronti di soggetti sia pubblici (previa esibizione di documenti) sia privati. Nell'esplicazione del potere ispettivo, ai sensi dell'articolo 10, comma 8, del medesimo d.P.R. "Nello svolgimento dell'attività ispettiva, l'Autorità può avvalersi della collaborazione dei militari della Guardia di Finanza, che, ai sensi dell'articolo 54, comma 4, della legge 6 febbraio 1996, n. 52, agiscono con i poteri e le facoltà previsti dai decreti del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, e dalle altre norme tributarie", che consistono nei poteri più intrusivi di perquisizione e sequestro.

È in attuazione di tali disposizioni che sanciscono una riserva di legge in materia di potere ispettivo che di recente è stato siglato il protocollo d'intesa tra l'Agcm e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas il 13 settembre 2012, ove, all'articolo 3 è concordata la possibilità per le due Amministrazioni di svolgere ispezioni congiunte su fattispecie di interesse comune.

L'esperienza dell'Agcm costituisce un punto di partenza molto utile anche in materia di ispezioni informatiche<sup>10</sup>, rispetto alle quali questa Autorità ha raggiunto alti livelli di affinamento delle tecniche investigative, come richiesto, del resto, dall'oggetto delle indagini che spesso l'Agcm deve compiere per l'accertamento della sussistenza di cartelli e intese per una maggiore efficacia degli accertamenti ispettivi, svolti soprattutto nell'azione di contrasto alle pratiche anticoncorrenziali e di lotta alla corruzione nel sistema degli appalti pubblici: il settore delle gare e quello della

concorrenza costituiscono ambiti strettamente contigui se solo si consideri che nell'esperienza antitrust italiana, il 10% delle intese restrittive della concorrenza ha avuto per oggetto accordi o pratiche concordate di imprese nell'ambito di partecipazione a gare d'appalto pubbliche. È noto, infatti, che molte volte condotte collusive delle imprese si sono sostanziate in accordi o pratiche concordate volte alla ripartizione del mercato o alla fissazione congiunta di prezzi di aggiudicazione o in strategie più articolate volte a conseguire entrambi gli obiettivi.

Questo tipo di ispezione, istruttoria, in quanto attività endoprocedimentale è suscettibile di autonoma impugnativa soltanto quando immediatamente lesiva dei diritti e degli interessi legittimi del soggetto ispezionato, alla stregua dei principi del diritto processuale amministrativo e della relativa giurisprudenza.

Passando alla descrizione del procedimento ispettivo, l'ispezione può svolgersi mediante attività di acquisizione di documenti esibiti dal soggetto ispezionato, a mezzo di sopralluoghi, nel corso dell'ispezione stessa. Non si applicano i principi della partecipazione ex art. 7 legge n. 241/1990 a meno che l'ispezione non sia disposta ai sensi di una previsione normativa che espressamente preveda la comunicazione dell'avvio dell'attività. Chiaramente, quando l'ispezione è istruttoria, gli istituti della partecipazione si applicano nell'ambito del procedimento principale, cui l'ispezione è funzionale.

Come chiarito in dottrina<sup>11</sup>, l'ispezione è svolta da uffici ordinari dell'amministrazione su espressa disposizione legislativa; in base ad un mandato ricevuto da organi superiori dell'amministrazione; allorquando sussista un rapporto di controllo tra l'amministrazione che dispone l'attività di accertamento e il soggetto ispezionato. L'attività si può esplicare mediante la richiesta al soggetto di ogni documento, atto, etc.; il potere di libero accesso a sedi, locali, strumenti informatici, posto che per espressa previsione normativa per documento si intende anche il documento informatico; il potere di sentire i soggetti appartenenti all'organizzazione dell'ente ispezionato.

Di fondamentale rilevanza, ai fini del corretto svolgimento dell'ispezione, è l'esibizione dell'atto di mandato degli ispettori, col quale l'organo superiore legittima l'azione dell'ispettore e ne perimetra l'ambito, e che costituisce una garanzia per tutti i partecipanti alla verifica in quanto consente di non eccedere nell'esercizio del potere ispettivo. Gli ispettori, infatti, danno lettura del mandato ispettivo prima di iniziare le attività ispettive.

Il mandato può essere costituito anche da una lettera di incarico, che fissa l'oggetto dell'attività, indica i nominativi degli ispettori, nomina il responsabile dell'ispezione, le eventuali modalità di indagine, il

<sup>10</sup> Sulle ispezioni informatiche e la loro differenza sostanziale rispetto alle ispezioni tradizionali, L. Battinieri, L'ispezione informatica e la disciplina processuale delle attività di computer forensic, in [www.sicurezzaegiustizia.com](http://www.sicurezzaegiustizia.com); C. MAIOLI - E. SANGUEDOLCI, *I nuovi mezzi di ricerca della prova tra informatica forense e l. 48/2008*.

<sup>11</sup> A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 637 ss.

supporto eventuale di altri organi dello Stato (Polizia, Guardia di Finanza, etc.). Dell'ispezione si redige processo verbale, che va firmato da tutti coloro che prendono parte, a vario titolo, all'ispezione. Mentre, infatti, per il regolare espletamento dell'ispezione non è necessaria la presenza contestuale di tutti gli ispettori, invece il verbale, per la sua regolarità, va fatto firmare a tutti i partecipanti<sup>12</sup>.

L'operazione della verbalizzazione assume una rilevanza speciale a fini sia di conoscenza di quanto avvenuto durante l'ispezione e garantisce, quindi, in questo senso integralmente l'interesse dell'ispezionato a conoscere quanto avvenuto e rilevante per il collegio ispettivo; sia di garanzia e di tutela del diritto di difesa, poiché in esso sono riportate tutte le dichiarazioni, le repliche e la documentazione pertinenti. Tanto più è rilevante la verbalizzazione quanto più si consideri che gli atti dell'ispezione, quando questa costituisce un atto preistruttorio, sono coperti dal segreto d'ufficio e non sono quindi accessibili.

### 3. Il procedimento ispettivo presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Il procedimento ispettivo presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è retto dalla disposizione già citata di cui all'articolo 2, comma 12, della legge n. 481/1995. Di rilevanza anche il comma 24 di tale articolo, secondo il quale "Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti: a) le procedure relative alle attività svolte dalle Autorità idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione". Ancor più risalente è il fondamento normativo relativo all'attività di ispezione e indagine recato dalla legge 6 agosto 1990, n.223 per il settore della editoria e radiotelevisivo.

Ciò che è vero in generale per tutte le attività ispettive e cioè che possono avere tanto una finalità di verifica delle condotte illecite finalizzata all'apertura di un procedimento sanzionatorio quanto una finalità conoscitiva "pura" è tanto più vero per l'attività ispettiva che fa capo ad Agcom.

L'Autorità di regolamentazione, infatti, ha tutto l'interesse a comprendere, anche attraverso l'attività ispettiva, come funziona il mercato di riferimento; se la regolazione posta in essere è efficace, esaustiva o abbia bisogno di migliorie e modifiche; se si aprono, nel mercato, nuovi scenari che richiedono regolazione.

L'attività di vigilanza, inoltre, garantisce l'effettività della regolazione, il cd. *enforcement*, secondo un sistema, quello europeo delle comunicazioni elettroniche, che prevede in prima battuta la partecipazione dei soggetti destinatari delle disposizioni alla fase di redazio-

ne delle disposizioni regolamentari e solo in seconda battuta la repressione delle condotte illecite. Si tratta, in altri termini, di un meccanismo ex post anziché ex ante di garanzia di efficacia delle norme che regolano il mercato.

In questo senso il potere ispettivo, potendo costituire espressione del potere sanzionatorio, va coniugato con i principi europei sulla regolazione nelle comunicazioni elettroniche<sup>13</sup>. Invero, le disposizioni europee che si analizzeranno s'inquadrano in un sistema complesso e razionale di norme volto ad assicurare la tenuta complessiva del quadro normativo europeo. Esse non costituiscono l'origine né il precipitato dei principi che si sono introdotti in premessa; ma sono nondimeno in linea con essi e risultano espressione della nozione di "enforcement" e di effettività delle misure regolatorie secondo un metodo che prevede in prima battuta la partecipazione dei soggetti destinatari delle disposizioni stesse alla fase decisionale e solo in seconda battuta la repressione delle condotte illecite. Il cd. "enforcement" delle norme europee prevede, in altri termini, meccanismi ex ante ed ex post di garanzia di efficacia delle norme stesse. La più ampia partecipazione dei destinatari dei precetti al processo decisionale, nel rispetto dei rispettivi ruoli ed evitando fenomeni di "cattura" del regolatore, è importante per raggiungere e assicurare il massimo consenso già nella fase di redazione delle regole: le procedure di consultazione ex ante previste dal diritto europeo anche nel settore delle comunicazioni elettroniche costituiscono il principale esempio di questo approccio. Le misure ex post sono di tipo prettamente repressivo e/o ripristinatorio e intervengono soltanto quando una condotta illecita o illegittima si sia già perpetrata. In quest'ultimo caso l'Amministrazione pubblica eleva la sanzione quando il destinatario della regolazione viola le norme sancite o rifiuta di fornire informazioni o non permette indagini quando sono necessarie ovvero quando fornisce informazioni false. L'approccio ex post interviene, quindi, quando il cittadino o l'operatore hanno già violato norme tese a salvaguardare interessi protetti dallo Stato.

La direttiva quadro (2002/21/CE), nella versione originaria, aveva già, al ventunesimo considerato, prescritto la necessità che le ANR fossero dotate di tutte le risorse necessarie per assolvere efficacemente alle loro funzioni, ivi compresi i poteri sanzionatori, di cui il potere ispettivo costituisce una espressione e uno dei principali strumenti. Le novelle apportate dalla direttiva 2009/140/CE seguono la medesima prospettiva. Anzi, come descritto al cinquantunesimo considerato, il legislatore europeo, facendo tesoro dell'esperienza acquisita nel corso degli anni, ha preso posizione anche sulla tipologia di sanzione irrogabili,

<sup>12</sup> M. GERARDO, *op. cit.*, 8.

<sup>13</sup> Codice delle comunicazioni elettroniche, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, Piacenza, 2018.

denunciando che “le disposizioni in vigore che autorizzano le Autorità nazionali di regolamentazione ad infliggere sanzioni pecuniarie non costituiscono un adeguato incentivo al rispetto delle prescrizioni normative”. L'articolo 21-*bis* prescriveva, quindi, agli Stati il dovere di adozione delle sanzioni applicabili e delle “misure necessarie” per garantire l'applicazione delle norme di legge in esecuzione delle direttive europee, e sancisce, altresì, le caratteristiche che le sanzioni devono possedere per rispondere ai canoni europei: appropriate, effettive, proporzionate, dissuasive: caratteristiche che in nulla si discostano da quelle sancite a livello nazionale dalla Costituzione, dal diritto penale e dal diritto amministrativo. Effettive, così da evitare che la loro applicazione sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile da parte dell'amministrazione che deve comminarla; dissuasive (così da prevenire infrazioni ulteriori) e proporzionate (così da essere gradualmente onerose, e quindi appropriate. Queste disposizioni oggi si ritrovano nella nuova Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

Una disposizione parimenti rilevante e che completa il quadro delle prescrizioni europee in tema di sanzioni si rinviene nell'articolo 10 della direttiva autorizzazioni 2002/20/CE, che nel suo contenuto precettivo non è stato superato dall'articolo 31 della nuova citata Direttiva (UE) 2018/1972, che continua a parlare del principio di progressività e proporzionalità della sanzione, laddove prevede che le ANR, in caso di non conformità della condotta di un operatore di comunicazioni elettroniche alle condizioni dell'autorizzazione generale o dei diritti di uso ovvero altre specifiche obbligazioni, possano notificare all'operatore un atto di accertamento (la direttiva parla di “findings”, prove) dandogli la possibilità di rimediare (v. considerando 172; articolo 31). Soltanto nel caso in cui non si ponga rimedio l'Autorità prenderà misure “appropriate e proporzionate” per assicurare la conformità al diritto, fino ad arrivare a sanzioni pecuniarie, se appropriate. La disposizione va coniugata coi principi stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01) che assicurano il diritto del cittadino ad una buona amministrazione, laddove in tale diritto è incluso il diritto al giusto procedimento e il diritto a fruire della garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa. Ed infatti è proprio l'articolo 10 della precitata direttiva che prevede il diritto di ricorso avverso le misure ripristinatorie e sanzionatorie, ai sensi e secondo quanto dispone l'articolo 4 della direttiva quadro<sup>14</sup> (un

<sup>14</sup> Sul diritto di difesa, cfr. i considerando 76 e 77 della nuova direttiva europea sulle comunicazioni elettroniche citata nel testo, secondo cui: “Chiunque dovrebbe avere il diritto di ricorrere contro una decisione delle autorità competenti che lo riguardi dinanzi ad un organo che sia indipendente dalle parti in causa e da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che possa

diritto di ricorso che può essere diverso da quello tipico della nostra giustizia poiché il soggetto competente, purché indipendente e imparziale, può non essere un'autorità giudiziaria; e che prevede l'istituto della cd. sospensione cautelare come del tutto eccezionale, laddove la norma è costituita dalla esecutività della misura sanzionatoria in pendenza del giudizio).

È dunque alla luce dei predetti principi europei e costituzionali e nella cornice della normativa primaria vigente che si colloca la regolamentazione dell'Autorità sull'esercizio del potere ispettivo. Una notazione preliminare sul regolamento Agcom relativo alle ispezioni concerne l'apprezzabilità della scelta operata dal Garante di avere adottato una disciplina organica della procedura ispettiva che tiene conto sia del quadro normativo generale sia delle esperienze fatte presso altre amministrazioni pubbliche e altre Autorità, in primis l'Autorità della concorrenza e del mercato. Il che non era scontato. Essa, in altri termini, ha inteso “gestire” il proprio potere di regolare il modo in cui esercitare il potere stesso in maniera particolarmente garantista ed equilibrato<sup>15</sup>.

Sotto il profilo regolamentare, in attuazione del disposto normativo, in ossequio quindi alle garanzie fissate all'articolo 14 della Costituzione, Agcom ha emanato la delibera n. 220/08/CONS (che segue alla delibera n. 63/06/CONS ed alla delibera n. 436/03/CONS) con la quale si è modificato il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità con lo scopo di specificare in modo puntuale l'ambito soggettivo e oggettivo dell'esercizio del potere ispettivo attribuito all'Autorità per le Garanzie

---

comprometterne l'imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamato a dirimere. Tale organo può essere un tribunale. Inoltre, una impresa che ritenga che le sue domande per la concessione del diritto di installare strutture non siano state esaminate in linea con i principi di cui alla presente direttiva dovrebbe avere il diritto di proporre ricorso contro tali decisioni. Tale procedura di ricorso dovrebbe applicarsi fatti salvi la ripartizione delle competenze all'interno dei sistemi giudiziari nazionali o i diritti riconosciuti alle persone fisiche e giuridiche nel rispettivo ordinamento nazionale. In ogni caso, gli Stati membri dovrebbero garantire un sindacato giurisdizionale effettivo nei confronti di tali decisioni. (77) Al fine di assicurare la certezza del diritto agli operatori del mercato, è opportuno che gli organi di ricorso assolvano efficacemente le loro funzioni. In particolare, le procedure di ricorso non dovrebbero subire indebiti ritardi. Le misure transitorie che sospendono la validità della decisione di un'autorità competente dovrebbero essere concesse soltanto in casi urgenti al fine di impedire un pregiudizio grave e irreparabile alla parte che chiede tali misure e ove ciò sia necessario per l'equilibrio degli interessi”.

<sup>15</sup> S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, 37 fa notare come le Autorità indipendenti, oltre ad essere dotate di ampi poteri di regolazione del mercato, hanno un vasto potere anche di decidere “come” esercitare tale potere di regolazione: “anche in questo senso le autorità sono indipendenti e diverse dalla pubblica amministrazione, che non è padrona della disciplina del proprio procedimento, dettata, invece, dalla legge”.

nelle Comunicazioni dalla normativa vigente.

Con la medesima delibera è stata, inoltre, approvata la nuova “carta dei diritti”, che deve essere consegnata all’impresa all’atto di avvio dell’ispezione, nella quale sono illustrate le garanzie e i diritti di cui beneficiano i soggetti a fronte dei poteri esercitati nel corso delle ispezioni.

Infine, con la Delibera n. 710/13/CONS del 12 dicembre 2013, intestata “Modifiche e integrazioni alla delibera n. 220/08/CONS recante “Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell’Autorità”, è stata data evidenza dell’estensione del potere ispettivo dell’Autorità anche nei confronti dei fornitori dei servizi postali.

L’Autorità provvede alle ispezioni nei settori di propria competenza avvalendosi, a seconda delle circostanze, di Polizia e Guardia di Finanza nonché degli ispettori della SIAE, nei casi inerenti al diritto d’autore, alla luce delle previsioni contenute in appositi protocolli d’intesa<sup>16</sup>. L’apporto della Polizia delle comunicazioni e della Guardia di Finanza può aversi sia a livello centrale sia a livello territoriale, a mezzo dei corpi decentrati sul territorio.

L’ispezione può essere diretta tanto alle imprese di settore quanto ai soggetti contrattualmente vincolati con queste ultime per le prestazioni di beni e servizi. L’art. 2 della legge n. 481 cit., prescindendo dalla qualificazione soggettiva dei destinatari dell’attività ispettiva e senza alcuna restrizione con riguardo al luogo fisico dell’ubicazione della documentazione da acquisire, consente, infatti, di ritenere che il potere si espliciti anche su quei soggetti, anche non immediatamente destinatari della regolamentazione Agcom, presso i quali gli operatori di settori esternalizzano lo svolgimento di alcune attività o la fornitura di determinati servizi attraverso il ricorso in outsourcing a soggetti terzi estranei al settore. Ciò ha consentito negli anni ad Agcom una conoscenza capillare dei fenomeni violativi delle norme di settore e di tutto il mercato rilevante nell’ambito delle competenze dell’Autorità, compreso il cd. indotto. La tendenza alla esternalizzazione, del resto, per quanto teoricamente condivisibile sotto il profilo dell’efficienza aziendale, non può tradursi, de facto, in pratiche elusive del rispetto degli obblighi di regolamentazione cui i soggetti regolamentati sono sottoposti, essendo questi ultimi tenuti all’osservanza dei vincoli ad essi imposti ai sensi della

<sup>16</sup> Protocollo d’intesa relativo ai rapporti di collaborazione tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Guardia di finanza, del 15 luglio 2002; Protocollo d’intesa relativo ai rapporti di collaborazione tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Direzione centrale per la Polizia stradale, ferroviaria, postale, di frontiera e dell’immigrazione del Dipartimento della pubblica sicurezza, del 10 febbraio 2003; Accordo relativo al coordinamento dell’attività ispettiva in materia di prevenzione ed accertamento delle violazioni della legge sul diritto d’autore tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Società Italiana degli Autori ed Editori del 10 maggio 2007.

normativa di settore vigente. Ovviamente, se sotto il profilo dell’indagine i terzi possono essere destinatari dell’esercizio del potere d’indagine, tuttavia ai fini sanzionatori l’esternalizzazione non esonera né limita la responsabilità dell’operatore, che resta comunque soggetto alle disposizioni regolamentari in materia, in via di principio, anche con riguardo all’attività posta in essere dal soggetto incaricato.

Appare interessante fornire, a questo proposito, qualche spunto di riflessione sulla possibilità di applicare al settore regolato e vigilato da Agcom l’istituto della solidarietà passiva recato dall’art. 6, comma 1, della legge 689/1981, in base al quale “Il proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione o, in sua vece, l’usufruttuario o, se trattasi di bene immobile, il titolare di un diritto personale di godimento, è obbligato in solido con l’autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà”, con diritto di regresso per l’intero nei confronti dell’autore della violazione, posto che, ai sensi dell’art. 12 della legge 689/1981, i principi generali in materia sanzionatoria declinati dal Capo Primo della stessa legge (e dunque, anche quelli recati dal citato art. 6) “si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro”. Un approdo affermativo – finora mai oggetto di applicazione in concreto – consentirebbe un notevole rafforzamento della effettività dell’attività ispettiva e, poi, sanzionatoria, di Agcom. Si pensi, giusto per citare a titolo esemplificativo:

per il settore dei media, all’operatore di rete televisiva – nella sua qualità di usufruttuario<sup>17</sup> (*assegnatario del diritto d’uso*) di frequenze digitali terrestri o satellitari – per le violazioni commesse dai fornitori di servizi media audiovisivi cui ha ceduto parte della propria capacità trasmissiva;

per il settore dei servizi postali, ai providers di Poste Italiane Spa proprietari delle MAAF (macchine affrancatrici), per le violazioni commesse attraverso il loro indebito utilizzo da parte dei consolidatori che, essendo sprovvisti del prescritto titolo abilitativo, operano abusivamente nel circuito nazionale dei “*c.d. Affrancaposta*”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> In giurisprudenza ed in dottrina pare non esservi più dubbio sul fatto che le frequenze debbano essere annoverate nella categoria dei “*beni giuridici mobili*” (Cfr. Cass. S.U. 11621/1991) e che il “*diritto d’uso delle frequenze*”, conseguito dall’operatore di rete televisiva ai sensi dell’art. 17 dell’allegato A della Delibera 353/11/CONS, debba essere inquadrato alla stregua del diritto reale di usufrutto ex art. 978 c.c., poiché attribuisce all’operatore di rete, non solo, la facoltà di utilizzare, ma anche quella di fruire dello stesso bene frequenza nell’ambito della propria attività aziendale, con il fine di conseguire i proventi sperati (Cfr. CAPUTI JANBGRENCHI, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET 1988, p.313)

<sup>18</sup> “Affrancaposta” è un servizio di Poste Italiane che, attraverso

Chi dispone le ispezioni è il direttore del Servizio ispettivo, Registro e Corecom dell'Autorità: su disposizione del Consiglio, qualora quest'ultimo approvi un programma di ispezioni sistematiche al fine di verificare l'applicazione di specifiche norme o l'attuazione di delibere dell'Autorità, ovvero delle Direzioni di linea competenti per materia. Per le materie la cui vigilanza è di competenza del Servizio ispettivo le ispezioni sono disposte d'ufficio dal direttore del Servizio medesimo. Si tratta, segnatamente, della vigilanza nel settore dei contributi all'editoria; della corretta tenuta del Registro degli operatori; in materia di call center; degli obblighi di comunicazione delle spese istituzionali da parte degli enti pubblici ex articolo 41 del decreto legislativo n. 177 del 31 luglio 2005 (il cd. Tusmar); del rispetto, da parte delle radio, della normativa vigente in materia di canone di concessione.

Alle ispezioni disposte su richiesta di una Direzione possono partecipare, in relazione alla particolare expertise maturata, funzionari della Direzione medesima.

Come accade in altri settori dell'ordinamento giuridico vigente, il Servizio Ispettivo provvede ad attribuire i singoli incarichi ispettivi nominando colui che avrà affidato altresì il coordinamento delle attività ispettive. L'atto di incarico deve indicare l'oggetto dell'accertamento e, nel caso si proceda presso terzi soggetti non appartenenti al settore, le ragioni della necessità di una siffatta iniziativa. Il mandato deve altresì indicare le sanzioni per il rifiuto, l'omissione o anche il semplice ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché nel caso in cui siano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri. Il personale ispettivo consegna la "carta dei diritti", recante l'indicazione dei diritti e delle garanzie di cui si può avvalere il soggetto ispezionato. Come sembra evidente, le disposizioni regolamentari mirano a rendere effettivo il contraddittorio e il diritto di difesa già in questa fase preistrutturata dell'ispezione.

---

so l'utilizzo di macchine affrancatrici di ultima generazione (cd. "MAAF a ricarica da remoto"), consente di affrancare e spedire un'ampia gamma di invii di corrispondenza e di pacchi. Il servizio è principalmente rivolto a soggetti che sono destinati a veicolare consistenti quantità di corrispondenza e che, in tal modo, possono effettuare in proprio la prelaborazione della posta e consegnarla successivamente ai punti di accesso indicati da Poste Italiane per il recapito. Nondimeno, l'apparecchiatura può essere utilizzata anche per l'affrancatura di invii postali di terzi, a condizione che il noleggiatore della MAAF abbia optato per tale possibilità al momento della stipula del contratto ovvero successivamente mediante comunicazione scritta a mezzo raccomandata A/R a Poste Italiane. In quest'ultimo caso si inquadra la figura del "consolidatore" nei servizi postali, definita dell'art. 1, comma 1, lett. b) della delibera AGCOM n. 728/13/CONS come il "soggetto titolare di autorizzazione che realizza prodotti postali, pre-lavora la corrispondenza per l'invio multiplo e la consegna ai punti di accettazione di un operatore postale ai fini del recapito".

La delibera n. 220 cit. precisa altresì che non costituisce giustificato motivo di rifiuto, di omissione o anche di semplice ritardo, l'opposizione: a) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne, anche orali; b) di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative; c) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze preventivamente segnalate al riguardo. Il rifiuto, l'omissione o anche il semplice ritardo nel fornire le informazioni ed i documenti richiesti è sanzionato ai sensi dell'art. 1, comma 30 della legge 31 luglio 1997, n. 249, ovvero con l'art. 98, comma 9, del decreto legislativo n. 259/93 citato in premessa così come modificato dall'art. 2, comma 136, lettera d) del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successivamente modificato dall'art. 1, comma 930, della legge 27 dicembre 2006, n. 296).

Gli ispettori dell'Autorità dispongono dei seguenti poteri: a) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, con esclusione dei luoghi di residenza o di domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine; b) controllare e prendere copia i documenti oggetto di richiesta; c) richiedere informazioni e spiegazioni orali.

Nel corso delle ispezioni i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione o anche il semplice ritardo dell'ispezione.

Di tutta l'attività svolta nel corso dell'ispezione, con particolare riferimento alle dichiarazioni e ai documenti acquisiti, è redatto processo verbale. Tale verbale dovrà essere trasmesso, a cura di uno dei funzionari incaricati, nelle quarantotto ore successive alla chiusura delle operazioni d'ispezione, al Direttore del Servizio Ispettivo il quale provvederà ad inviarne copia al Direttore della struttura competente e, per conoscenza, al Segretario Generale. Ove la complessità delle attività compiute richieda una relazione più dettagliata, il funzionario incaricato può trasmetterla successivamente e comunque non oltre sessanta giorni dalla chiusura delle operazioni. Nella relazione sarà possibile indicare sia il fumus della violazione riscontrata sia eventuali criticità che siano state riscontrate in merito per esempio alla regolazione vigente sia, quindi, "suggerimenti" di porre in essere misure regolatorie correttive per renderle di più agevole applicazione ovvero rendere l'accertamento della loro violazione più agevole e incontrovertibile.

Compete, infine, alla Direzione competente che ha richiesto l'ispezione la valutazione finale in merito all'archiviazione (in senso atecnico) del dossier ispettivo ovvero all'avvio del procedimento regolatorio di modifica delle norme vigenti o sanzionatorio per la punizione delle condotte illecite, ai sensi del vigente

regolamento sulle procedure sanzionatorie, la delibera n. 581/15/CONS del .... il cui articolo 3 qualifica l'attività ispettiva come attività preistruttoria che si svolge d'ufficio, e prescrive che le verifiche effettuate mediante ispezioni e le connesse valutazioni sono effettuate, salvo casi particolari, entro il termine di 90 giorni da quando gli Uffici hanno conoscenza formale dei fatti da verificare. All'esito di tali attività si avvia il procedimento sanzionatorio mediante notifica di formale atto di contestazione.

a cura di Almerina Bove

Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella

Dottoressa in giurisprudenza

## Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (*d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50 e ss.mm. e ii.*)

### Aggiudicazione provvisoria – Revoca – Non sussiste l'obbligo della stazione appaltante di notificare l'avviso dell'avvio del procedimento – Potere discrezionale della P.A.

*La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, comporta che la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento. Inoltre, se la decisione di non giungere alla naturale conclusione della gara interviene nella fase dell'aggiudicazione provvisoria, non sorge alcun obbligo in capo alla stazione appaltante di procedere alla notifiche degli avvisi di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio né a terzi. Dunque, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da scongiurare, la prosecuzione della gara.*

Cons. Stato sez. V, 09 novembre 2018, n.6323, Pres. G. Severini, Est. V. Perotti

### Avvalimento – Rapporti tra le parti – Responsabilità dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante

*L'assetto dei rapporti delineato dal codice dei contratti tra stazione appaltante, impresa concorrente ed impresa ausiliaria, comporta che sulla prima non abbiano alcuna incidenza gli accordi contrattuali tra le due imprese che derogano agli effetti legali dell'avvalimento nei confronti della medesima stazione appaltante, così come quest'ultima resta indifferente agli accordi destinati a regolare esclusivamente il rapporto tra le imprese stipulanti il contratto di avvalimento. Inoltre, le eventuali limitazioni di responsabilità dell'impresa ausiliaria previste nel contratto di avvalimento nei confronti della stazione appaltante non producono effetto verso quest'ultima, valendo comunque la previsione legale dell'art. 89, co. 5; correlativamente, eventuali limitazioni di responsabilità dell'impresa ausiliaria previste nel contratto di avvalimento nei confronti dell'impresa concorrente non hanno effetto verso la stazione appaltante, poiché volte a regolare i rapporti interni tra coobbligati solidali, cui la stazione appaltante resta estranea.*

Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576 - Pres. F. Caringella, Est. G.L. Barreca

### Cause di esclusione – L'impresa che non ha dichiarato la sentenza di patteggiamento deve essere esclusa dalla gara

*È legittima l'esclusione dalla gara d'appalto dell'impresa che non ha dichiarato una sentenza di patteggiamento, essendo onere dell'impresa che partecipa ad una gara d'appalto dichiarare sempre le condanne, o anche solo le contestazioni, relative alle violazioni di norme riconducibili alla categoria in parola.*

Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n.6786 - Pres. F. Frattini, Est. S. Cogliani

### Commissione di gara – Potenziale conflitto di interesse – Spetta alla Stazione appaltante valutare l'inesistenza di ipotesi di incompatibilità

*Non è idonea ad invalidare la determinazione di nomina della Commissione ovvero l'intera procedura di gara (con conseguente necessità di una sua riedizione) la circostanza che il soggetto, designato Presidente della Commissione, non abbia compiutamente e preventivamente rappresentato alla Stazione appaltante l'esistenza di una situazione di potenziale conflitto di interessi: quel che rileva è, infatti, che detta Stazione appaltante abbia, nel corso del procedimento, correttamente valutato l'inesistenza di ipotesi tali da determinare la ricorrenza effettiva e concreta di una situazione di incompatibilità del componente la Commissione, tale da renderne doverosa l'astensione, senza che possa perciò assumere alcuna valenza dirimente, ai fini dell'illegittimità dell'esclusione, il fatto che l'Amministrazione non*

ne sia stata previamente informata dal commissario versante in potenziale conflitto, bensì dalla concorrente che di quel conflitto assume l'esistenza.

Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2018, n. 7170 - Pres. C. Contessa, Est. A. Rotondano

### Concessioni – Suddivisione in lotti – Maggiore partecipazione delle imprese medie e piccole – Motivazione

*In relazione all'aggiudicazione delle concessioni, nonostante la mancanza di una esplicita previsione normativa come quella di cui all'art. 51 D.Lgs. 50/2016, quello della suddivisione in lotti costituisce, ove possibile, criterio preferenziale in quanto risponde alla esigenza di favorire l'attività economica delle imprese medie e piccole, con la sola precisazione che alla stazione appaltante non è richiesta, in tal caso, una puntuale motivazione negli atti di gara circa le ragioni della suddivisione in lotti della procedura, essendo la stessa stazione appaltante tenuta a dar conto delle motivazioni che l'hanno indotta a non suddividere in lotti nel caso in cui sia a ciò sollecitata dalla contestazioni mosse, anche in sede giudiziaria, dalle parti private.*

Cons. Stato sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611 - Pres. M. Lipari, Est. G. Calderoni

### Etero-integrazione della lex specialis – Tutela dell'affidamento dei concorrenti – L'etero-integrazione opera quando il rispetto della norma etero-integrante è indispensabile per il raggiungimento dell'interesse pubblico

*La possibilità di etero-integrazione della "lex specialis" non può ritenersi illimitata, dovendo fare i conti, da un lato, con l'esigenza di tutela dell'affidamento dei concorrenti, dall'altro lato, con l'autonomia regolativa della stazione appaltante, cui compete fissare le condizioni di partecipazione alla gara, anche in relazione ai requisiti tecnici e normativi del prodotto da acquisire, conformemente alle esigenze perseguite. Dall'intersecarsi di tali esigenze, può ricavarsi, quale tendenziale guida interpretativa, quella secondo cui la disciplina di gara è suscettibile di etero-integrazione quando il rispetto della norma etero-integrante sia indispensabile al fine di garantire il raggiungimento del risultato di interesse pubblico cui è preordinato lo svolgimento della gara.*

Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7023 - Pres. G. Balucani, Est. E. Fedullo

### Gravi illeciti professionali – Elencazione del Codice non tassativa – La stazione appaltante può disporre l'esclusione dalla gara in caso di circostanze puntualmente identificate

*L'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell'art 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto non è tassativa, ma esemplificativa, nel senso che la stazione appaltante può ben desumere da altre circostanze, purché puntualmente identificate, il compimento di gravi illeciti professionali.*

Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2018, n. 7056 - Pres. Carlo Saltelli, Est. P. G. N. Lotti

### Offerta anomala – Obbligo di motivazione in caso di giudizio negativo – Verifica della remuneratività dell'offerta – La Commissione di gara può limitarsi a chiedere giustificazioni con riferimento alle sole voci di costo più rilevanti

*Il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, sempre che queste ultime siano a loro volta congrue ed adeguate; solo in caso di giudizio negativo sussiste, infatti, l'obbligo di una puntuale motivazione. La stazione appaltante non è tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, ma può legittimamente limitarsi a verificare se, nel complesso, l'offerta sia remunerativa e come tale assicuri il corretto svolgimento del servizio: può limitarsi, quindi, a chiedere le giustificazioni con riferimento alle sole voci di costo più rilevanti, le quali - da sole - potrebbero incidere in modo determinante sull'attendibilità dell'offerta complessiva.*

Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7129 - Pres. F. Frattini, Est. S. Santoleri

### Offerta tecnica – È legittima la clausola del bando di gara che vieta l'inserimento di elementi economici – Ratio del divieto di commistione

*È legittima e di stretta interpretazione la clausola della legge di gara che vieta espressamente, a pena di esclusione, l'inserimento nell'offerta tecnica, per via diretta o indiretta, di elementi economici o da valutarsi nel contesto dell'offerta economica, onde mantenere segreta quest'ultima, in quanto previsione finalizzata ad impedire la ricostruzione dell'entità dell'offerta economica ma anche a garantire l'imparzialità del giudizio nella valutazione della qualità dell'offerta tecnica. Inoltre, neanche risulta violato il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, ult. inc., del d.lgs. n. 50 del 2016 data la coerenza sistematica, la ragionevolezza e la proporzionalità di una clausola che non fa che corroborare il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica insito nel sistema, a presidio, tra l'altro, del principio dell'autonomia dell'apprezzamento discrezionale.*

Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2018, n.7057 - Pres. G. Severini, Est. G. L. Barreca

### Offerta tecnica – Attribuzione di punteggio – La Commissione dispone di ampi margini di discrezionalità – Potere del giudice amministrativo

*In sede di valutazione dell'offerta tecnica e di attribuzione dei punteggi, la Commissione di gara dispone, nei limiti stabiliti dalla legge di gara, di ampi margini di discrezionalità. Il riscontro esigibile dal giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali della Commissione di gara dev'essere svolto ab extrinseco, nei limiti della rilevabilità icu oculi dei vizi di legittimità dedotti, senza potersi sostituire all'organo tecnico. Il giudice può, dunque, spingere il proprio accertamento fino a controllare l'attendibilità delle valutazioni tecniche condotte dalla Stazione appaltante, ma non può sostituirsi ad essa in tale apprezzamento ed ignorare che, nel campo dell'applicazione delle norme tecniche, deve distinguersi, permanentemente e con rigore, tra legittimità e merito.*

T.A.R. Napoli, sez. III, 19 novembre 2018, n. 6648, Pres. F. Donadono, Est. G. Palliggiano

### Project financing – L'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione – Condizioni

*In tema di project financing, anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato e individuato il promotore, l'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, posto che, da un lato, tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, dall'altro, la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta.*

Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6633 - Pres. F. Caringella, Est. A. Maggio

### Requisiti di partecipazione – Fatturato non globale attinente a rapporti identici o analoghi – Requisito di natura tecnica – Garanzie di affidabilità

*In ordine al possesso del requisito del "fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" codificato dall'art. 83, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui il bando di gara preveda l'ammissione delle sole imprese che abbiano prodotto negli anni precedenti un determinato fatturato non globale, ma specificamente attinente a rapporti identici o analoghi, la stazione appaltante non richiede un requisito di natura finanziaria (per la quale si provvede, ad esempio, con il richiamo al fatturato globale), ma un requisito di natura tecnica (consistente nel possesso di precedenti esperienze che consentano di fare affidamento sulla capacità dell'imprenditore di svolgere la prestazione richiesta) evidentemente finalizzato a garantire che la selezione venga svolta tra concorrenti che diano prova di adeguata affidabilità nell'espletamento di un determinato servizio, per aver avuto precedenti esperienze nel settore di attività oggetto di gara o in settori analoghi.*

Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2018, n. 6943 - Pres. G. Severini, Est. G. L. Barreca

### Requisiti di partecipazione – Durc – Accertamento della regolarità – Giurisdizione del giudice amministrativo

*In materia di controversie aventi ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la definizione dell'accertamento inerente alla regolarità del Durc, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante a una gara, seppure trattasi di accertamento in via incidentale, e cioè privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale. Al riguardo, non si pone tanto un problema di espressa impugnazione del Durc, quanto piuttosto di accertamento della regolarità del Durc da parte del giudice amministrativo (con correlato onere di contestazione del medesimo) ai fini dello svolgimento del procedimento di gara, rispetto al quale la regolarità della posizione contributiva costituisce requisito di partecipazione.*

T.A.R. Roma, sez. III, 19 novembre 2018, n. 11184 - Pres. e Est. G. Sapone

### Soccorso istruttorio – Autoresponsabilità dei concorrenti – Documentazione incompleta – Violazione del principio della par condicio

*Il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando.*

Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2018, n. 6752 - Pres. F. Frattini, Est. L. Birritteri

## Diritto tributario

L'INERENZA DEI COSTI D'IMPRESA SECONDO LA CASSAZIONE E L'ONERE PROBATORIO .....	138
di Manlio Ingrosso	
I CRITERI DI ASSIMILAZIONE DEI RIFIUTI SPECIALI: LE CONSEGUENZE DELLA MANCATA ATTUAZIONE DEL CODICE DELL'AMBIENTE. <i>Nota a Cass., sez. V, 13 aprile 2018, n. 9214</i> .....	146
di Viviana Salerno	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE .....	150
a cura di Maria Pia Nastri	

## L'inerenza dei costi d'impresa secondo la Cassazione e l'onere probatorio

### abstract

*The present contribution aims to examine the concept of “inherence” and the problem of burden of proof in the light of the jurisprudential orientation and doctrinal interpretation.*

*Starting from steady Supreme Court of Cassation’s analysis of cost inherent principle and uneconomic behavior of the company, the risk has been highlighted that a free interpretation of the judge can invade the area of regulatory competence, with destabilizing consequences in tax law, since it would call into question a set of facts and situations relate to the popular sovereignty.*

### keywords

*Inherence – Uneconomical – Interpretation – Jurisdiction.*

### abstract

*Il presente contributo si propone di esaminare il concetto di inerENZA dei costi e il relativo problema dell’onere probatorio nel processo tributario alla luce dell’orientamento giurisprudenziale e dell’interpretazione dottrinale.*

*Analizzando l’interpretazione del principio di inerENZA e di anti-economicità gestionale fatta negli anni dalla Cassazione, si è evidenziato il rischio che un’interpretazione libera del giudice possa prestarsi ad invadere l’area di competenza normativa, con conseguenze destabilizzanti nel diritto tributario in quanto metterebbe in discussione un insieme di regole di comportamenti, di azioni, di situazioni derivate o riconducibili alla sovranità popolare.*

### parole chiave

*Inerenza – Antieconomicità – Interpretazione – Potere del giudice.*

### sommario

Premessa. – **1.** Il concetto di inerENZA. – **2.** L’interpretazione dottrinale. – **3.** L’interpretazione giudiziale. – **4.** Gli ultimi arresti della Cassazione. – **5.** Inerenza ed economicità. – **6.** La ripartizione dell’onere probatorio. – **7.** Prova dell’inerENZA. – **8.** Conclusioni.

### Premessa

Gli ultimi tasselli della giurisprudenza della Cassazione tributaria in materia di inerENZA dei costi di

impresa e relativo onere probatorio propongono all’attenzione dei giuristi il problema su cui essi s’interrogano da secoli, la delimitazione del campo di legittimità dell’attività del giudice.

Nell’ordinamento giuridico, il giudice è l’“arbitro” che decide sulla base di criteri prefissati le controversie che sorgono tra le parti e non può cambiare le regole del gioco quando la “partita” è in corso, trasformandosi in vero e proprio legislatore.

Non si ammette che il giudice operi l’arbitraggio in piena libertà e produca normazione, anche se si conorda sul punto che, se non può essere creativa, l’interpretazione e l’applicazione della legge nell’ambito della funzione giurisdizionale non è nemmeno un’operazione meramente meccanica. La faccenda si fa seria quando il giudice che crea diritto è la Cassazione.

Fino ad oggi, nessuna teoria dell’interpretazione giuridica ha trovato una soluzione definitiva al problema ed è riuscita con successo a porre degli argini alla discrezionalità dell’interpretazione giudiziale delle leggi, delimitando il campo di legittimità dell’attività giurisdizionale ed evitando che il giudice invada l’area di competenza normativa.

L’interpretazione libera di creare diritto ha conseguenze destabilizzanti nel diritto tributario in quanto mette in discussione – nel processo già in corso – un “insieme” di regole di comportamenti, di azioni, di situazioni, di fatti derivate o comunque riconducibili alla sovranità popolare.

Su queste riflessioni generali si vanno a inserire le seguenti considerazioni sulla giurisprudenza di legittimità in tema di inerENZA dei costi e onere della prova<sup>1</sup>.

### 1. Il concetto di inerENZA

Come è ben noto, la determinazione del reddito d’impresa fa leva su alcune fondamentali regole generali. Per quel che riguarda i componenti negativi, in particolare viene in rilievo il “principio di inerENZA” degli oneri.

Il legislatore tributario non ha formulato nel TUIR una esplicita definizione positiva del concetto di inerENZA e dunque non ha precisato quali tratti devono propriamente presentare i costi per essere giudicabili

<sup>1</sup> Desidero ringraziare la dott.ssa Maria Russo, dottore di ricerca in Diritto comparato e Processi d’integrazione, per il puntuale lavoro svolto di raccolta delle fonti giurisprudenziali.

come inerenti all'attività d'impresa e quindi per essere presi in considerazione come deducibili ai fini del calcolo del reddito d'impresa soggetto a imposizione.

## 2. L'interpretazione dottrinale

È così spiegabile perché sul contenuto e la portata di questo concetto non si sia registrata in dottrina uniformità di opinioni<sup>2</sup>. Secondo la teoria più seguita, la regola dell'inerenza sarebbe ricavabile in via interpretativa dal dettato normativo di cui al comma 5 dell'art. 109 del TUIR, secondo cui i costi maturati nell'esercizio, per essere deducibili, devono riferirsi "ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito".<sup>3</sup>

Secondo altra teoria, invece, l'inerenza costituirebbe un principio generale pre-giuridico che non trova espresso fondamento in una norma tributaria, ma sarebbe immanente alla nozione di reddito d'impresa e discenderebbe direttamente dal principio costituzionale di capacità contributiva (art. 53)<sup>4</sup>. Il reddito rilevante ai fini dell'imposizione tributaria diretta in-

<sup>2</sup> Tra i molti studi sul tema, senza pretesa di completezza si rimanda per gli approfondimenti a A. DI PIETRO, *Osservazioni sul concetto di spesa e di perdita e sulla loro detraibilità*, in *Riv. dir. fin.*, 1971, II, pp. 120 ss.; F. GRAZIANI, *L'evoluzione del concetto di inerenza e il trattamento fiscale dei finanziamenti ad enti esterni di ricerca*, in AA.VV., *I costi di ricerca scientifica* (a cura di G. FALSITTA e F. MOSCHETTI), Milano, 1988, pp. 45 ss.; G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991, pp. 246 ss. e *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito di impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, pp. 437 ss.; G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in TESAURO (dir.), *Imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, Torino, 1994, pp. 556 ss. e *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, Padova, 2018, pp. 472 ss.; M. MICCINESI, *La Cassazione ed i rapporti di finanziamento fra società e soci*, in *Rass. trib.*, 1996, pp. 1212 ss.; P. BORIA, *Il concetto di inerenza e le spese promozionali*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, pp. 413 ss.; P. LA ROSA, *Il principio di inerenza*, in AA.VV., *Il reddito di impresa*, Padova, 1997, p. 137; R. LUPI, *Redditi illeciti, costi illeciti, inerenza ai ricavi e inerenza all'attività*, in *Rass. trib.*, n. 6/2004, pp. 1935 ss.; M. BEGHIN, *Prestiti gratuiti ai soci e disciplina fiscale degli oneri finanziari sopportati dalla società: considerazioni sul concetto di inerenza e sulla regola di deducibilità (pro-rata) degli interessi passivi*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, II, pp. 153 ss.; E. MARELLO, *Involuzione del principio di inerenza*, in *Riv. dir. Fin.*, 2002, I, pp. 480 ss.; A. VICINI RONCHETTI, *La clausola dell'inerenza nel reddito d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Padova, 2016; M. PROCOPIO, *L'inerenza nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 2009; A. SILVESTRI, *Destinazione a finalità estranee all'impresa e principio di inerenza nelle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. din.*, 1998, I, pp. 475 ss.; A. PANIZZOLO, *Inerenza ed atti erogativi nel sistema delle regole di determinazione del reddito d'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, I, pp. 675 ss.; O. NOCERINO, *Il problema dell'individuazione di un principio generale (inespresso) di inerenza*, in *Rass. trib.*, 1995, II, p. 911; L. PEVERINI, *Giudizio di fatto, giudizio di diritto e prova in materia di costi non inerenti all'attività d'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, pp. 885 ss.

<sup>3</sup> G. FALSITTA, *op. loc. cit.*

<sup>4</sup> R. LUPI, *op. cit.*; G. ZIZZO, *op. cit.* e D. STEVANATO, *Finanziamenti all'impresa e impieghi "non inerenti": spunti su interessi passivi e giudizio di inerenza*, in *Dialoghi tributari*, n. 6/2008, p. 19.

fatti è, dal punto di vista economico-aziendalistico, un "reddito netto" e quindi va necessariamente calcolato al netto dei costi necessari o utili alla sua produzione.

Dove vi è concordia di vedute è sulla constatazione che l'inerenza è una nozione oggetto di complessa evoluzione ed ha subito nel corso del tempo degli adattamenti nella sua configurazione grazie ad una ricca esperienza esegetica.

La legge istitutiva dell'imposta sui redditi di ricchezza mobile considerava attinenti all'impresa e deducibili le "spese inerenti alla produzione" (art. 32, r.d. 24 agosto 1877, n. 4021) e il concetto veniva ripetuto dalla legislazione successiva fino al T.U. n. 645 del 1958. Peraltro, il riferimento alla "produzione" è stato dapprima interpretato in senso restrittivo e poi estensivo. Dalla tesi della rilevanza fiscale delle sole spese che si ritrovassero nel prodotto, si è passati a quella più ampia del legame con l'organismo produttivo.

Con la riforma tributaria del 1971-1973, il legislatore ha mostrato di considerare rilevanti ai fini della determinazione del reddito e deducibili i costi che, anche indirettamente, fossero collegabili all'attività di impresa nella sua interezza (art. 74 del d.P.R. 597 del 1973, ora art. 109 del TUIR).

In tal modo, hanno assunto significato fiscale le spese necessarie alla produzione del reddito, per poi essere assunti come inerenti i costi comunque afferenti all'attività d'impresa, ancorché non necessari nonché quelli anche solo suscettibili di recare una utilità all'impresa<sup>5</sup>.

## 3. L'interpretazione giudiziale

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, per lungo tempo ha fatto propria la dottrina che individuava il fondamento del principio di inerenza in tema di imposte sui redditi nella disposizione dettata dal comma 5, dell'art. 109, cit.<sup>6</sup>

Nel percorso evolutivo dell'interpretazione di questo concetto, la Suprema Corte non ha considerato inerenti solo gli oneri sostenuti per la produzione del reddito ed ha inteso l'inerenza in senso "allargato". Ha quindi affermato l'inerenza e deducibilità dei costi non solo esplicitamente e direttamente correlati a singoli e specifici ricavi, ma anche di tutti quelli che sono legati all'attività d'impresa da cui derivano i ricavi. Negli ultimi anni, la Corte ha incluso nel concetto di inerenza pure i costi suscettibili, anche potenzialmente, di produrre una utilità rispetto all'attività di impresa<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> La Risoluzione n. 158/1998 precisò che sono deducibili tutti i costi relativi all'attività d'impresa e che si riferiscono ad attività e operazioni che concorrono a formare il relativo reddito, considerando inerenti perciò non solo i costi legati ai ricavi, ma tutti quelli relativi all'attività considerata nella sua interezza, purché ovviamente esista un nesso con la stessa.

<sup>6</sup> In tal senso, vedi le sentenze Cass., 21 novembre 2001, n. 14702 e 02 febbraio 2005, n. 2114.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., 25 novembre 2011, n. 24930 e 01 aprile 2016, n. 6320. Un principio analogo si ritrova nella sentenza Cass., 10

In questo approccio interpretativo lo sforzo della giurisprudenza di legittimità è volto fondamentalmente a trovare una giustificazione normativa alla regola dell'inerenza. La Cassazione sostiene il principio di diritto irrinunciabile secondo cui l'attività d'impresa non può essere vincolata ad un'esigenza di immediata realizzazione del lucro oggettivo e pertanto la gestione dell'impresa si può avvalere della piena autonomia negoziale. In questo quadro, l'inerenza dei costi è governata dalla discrezionalità tecnico-aziendale e dalle regole degli affari.

#### 4. Gli ultimi arresti della Cassazione

L'orientamento giurisprudenziale appena illustrato ha subito una inversione di rotta a seguito delle ordinanze della Cassazione n. 450 dell'11 gennaio 2018 e n. 3170 del 9 febbraio 2018.

Con questi arresti, la Corte ha sostenuto che il principio di inerenza trova fondamento direttamente nel principio costituzionale di capacità contributiva. Il riferimento all'art. 109, comma 5, del TUIR non è conferente. L'inversione di rotta non poteva essere più energica visto che i Giudici hanno precisato pure che «va disattesa la definizione della nozione dell'inerenza, utilizzata da parte della giurisprudenza di questa Corte, formulata in termini di suscettibilità, anche solo potenziale, di arrecare, direttamente e indirettamente, una utilità all'attività d'impresa»<sup>8</sup>.

La successiva ordinanza della Cassazione n. 3170/2018 ripropone l'interpretazione del concetto di inerenza e afferma specificamente che la valutazione dell'inerenza di un costo impone un giudizio di tipo "qualitativo" e non necessariamente "quantitativo". In definitiva, risulta estraneo all'inerenza l'apprezzamento del costo "in termini di congruità o anti-economicità, che non sono espressioni dell'inerenza, ma costituiscono meri indici sintomatici dell'inesistenza di tale requisito, ossia dell'esclusione del costo nell'ambito dell'attività d'impresa".

Non si può non concordare sulla ricostruzione interpretativa operata dall'ultima Cassazione. Il concetto di inerenza in senso stretto appartiene all'inerenza "qualitativa" e non "quantitativa", non si può far discendere la non inerenza di un costo dalla sua incongruità o sproporzione per ritenuta anti-economicità dello stesso. Il disancoramento dell'inerenza dal principio di "economicità gestionale" quindi va salutato con soddisfazione.

marzo 2017, n. 6185.

<sup>8</sup> Nell'ordinanza si precisa che "tale orientamento, se, da un lato, correla l'inerenza al rapporto tra costi e attività d'impresa (non riconducibile, perciò, ad una relazione necessaria del costo con il reddito o con i ricavi), dall'altro pone erroneamente un necessario legame tra il costo e l'attività d'impresa secondo un parametro d'utilità, all'interno di una relazione deterministica che sottende rapporti di causalità".

Preme evidenziare, come peraltro è stato fatto già notare<sup>9</sup>, che la nuova interpretazione della Cassazione non può essere considerata di carattere episodico, anzi è apparsa da subito destinata a superare definitivamente la precedente. Ed infatti gli arresti da ultimo richiamati sono stati confermati, con alcune precisazioni, dalla sentenza n. 18904 del 17 luglio 2018<sup>10</sup>.

Qui la Cassazione, dopo avere sostenuto in termini generali l'unicità del principio di inerenza tanto per le imposte dirette quanto per l'Iva, riprende il problema del rapporto intercorrente tra economicità ed inerenza, la cd. inerenza "quantitativa", e ribadisce che il principio di inerenza esprime una correlazione tra i costi e l'attività d'impresa in concreto esercitata e si traduce in un giudizio di carattere qualitativo che prescinde, in sé, da valutazioni di tipo quantitativo o di congruità<sup>11</sup>. L'inerenza ha connotati propri e tali da non essere sovrapponibile al concetto di economicità gestionale.

Quantunque espunto il profilo della congruità o anti-economicità della scelta imprenditoriale dalla nozione di inerenza, la incongruità o anti-economicità del costo non diventa affatto irrilevante fiscalmente. La Cassazione infatti non revoca in dubbio la facoltà degli Uffici di continuare a sindacare la "congruità" del costo e quindi di compiere una valutazione della spesa d'impresa sotto un profilo quantitativo.

In definitiva e più semplicemente, viene escluso che il giudizio quantitativo di congruenza del costo possa essere ricondotta al concetto di inerenza, nondimeno, la congruità si va collocare su un piano logico e strutturale diverso, quello della "prova" della carenza di inerenza qualitativa del costo. L'incongruità o anti-economicità della spesa, pur non identificandosi con l'inerenza, diventa, sul piano probatorio, indice sintomatico in ordine al fatto che il costo (sproporzionato) non è inerente all'attività d'impresa.

Sul delicato profilo della prova dell'inerenza torneremo nei prossimi paragrafi. Preme adesso approfondire i concetti appena evocati di inerenza "quantitativa" e di "economicità".

#### 5. Inerenza ed economicità

Nella casistica dell'inerenza dei costi presa in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità spesso e volentieri il discorso dell'inerenza si associa con quello sull'"economicità gestionale". È indispensabile soffermarsi perciò sull'ambito di tale contiguità concettuale.

<sup>9</sup> G. FERRANTI, *Cambiamento di rotta della Cassazione sull'inerenza, ma restano gli equivoci, in il fisco*, n. 10/2018, p. 907.

<sup>10</sup> Si veda da ultimo Cass., ord. 18 ottobre 2018, n. 26202 dove si afferma che è configurabile come costo anche ciò che non reca alcun vantaggio economico non assumendo rilevanza la congruità delle spese, perché il giudizio sull'inerenza è di carattere qualitativo e non quantitativo.

<sup>11</sup> Su questa sentenza, v. le osservazioni di P. BORIA, *La ricostruzione del principio di inerenza nella giurisprudenza della Cassazione*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2018, p. 772.

Fin si è presa in considerazione l'inerenza per il profilo della "giustificatezza" del costo *l'an*, ma l'inerenza chiama in ballo pure la "congruità", ossia la valutazione della proporzionalità del costo affrontato il *quantum*<sup>12</sup>.

C'è da domandarsi quando un costo sproporzionato possa ritenersi non inerente. Pure un costo eccessivo, infatti, potrebbe essere stato sostenuto al fine di svolgere un'attività potenzialmente idonea a produrre utili! un costo attiene o non attiene all'attività d'impresa a prescindere dalla sua entità. Così ragionando, dovrebbero essere considerati non inerenti solo i costi sproporzionati che comportano una erogazione o disposizione del reddito e non afferiscono alla sua produzione è la tesi di Falsitta.

La congruità del costo implica sempre un giudizio di valore relazionale. Secondo altre interpretazioni, la proporzionalità del *quantum* del costo sostenuto andrebbe predicata o in rapporto al volume d'affari dell'impresa o in relazione alla natura/valore dei beni ceduti o servizi scambiati. La prima interpretazione va incontro alla difficoltà di accertare in concreto la sproporzione tra l'entità della spesa rispetto al fatturato/utile di esercizio dell'impresa<sup>13</sup>, la seconda incontra la difficoltà di determinare quale sia il valore "normale" del bene o servizio.

Avvalorati in ciò dalla (nel frattempo intervenuta) giurisprudenza di legittimità, gli Uffici tributari, ai fini delle imposte dirette<sup>14</sup>, per negare l'inerenza di un costo d'impresa in ragione della sproporzione, adoperano la sua anti-economicità come mezzo ausiliario a loro disposizione<sup>15</sup>.

Infatti, con un orientamento ormai ventennale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, riconosce all'Amministrazione la facoltà di valutare i costi ed i ricavi esposti dall'impresa nel bilancio di esercizio e nella dichiarazione annuale dei redditi e di disconoscere la deducibilità, anche parziale, di un costo spropositato perché lo valuta "manifestamente ed inspiegabilmente antieconomico"<sup>16</sup>.

La Corte ha precisato che tale potere dell'Agenzia delle Entrate trova fondamento nel principio generale,

desumibile dall'art. 9, co. 3, TUIR, del "valore normale di mercato" e quindi essa, contestando al contribuente l'anti-economicità dei componenti negativi, può ben recuperare le spese ingiustificate nella parte superiore al normale valore di mercato.<sup>17</sup>

Il ragionamento fatto dai Giudici della Suprema Corte è pressappoco il seguente. Chiunque svolga un'attività economica dovrebbe alla luce del buon senso, ossia secondo l'*id quod plerumque accidit* e in assenza di una spiegazione razionale circa la condotta tenuta a mirare, nel medio lungo periodo, ad ottenere una riduzione dei costi e una massimizzazione dei profitti o, quanto meno, dovrebbe perseguire l'obiettivo di remunerare i fattori di produzione.

Una condotta imprenditoriale improntata all'eccessività di componenti negativi o all'immotivata compressione di componenti positivi di reddito appare irragionevole e può essere rivelatrice di un occultamento del reddito d'impresa. L'anti-economicità del comportamento può far presumere che la spesa eccessiva non sia inerente all'attività d'impresa<sup>18</sup>.

Non essendo però positivizzato un tipo specifico di accertamento nella fattispecie dell'economicità, la Cassazione asserisce che la presunzione di anti-economicità dell'atto di impresa legittima e fonda il potere dell'Amministrazione finanziaria di negare la deducibilità del costo sproporzionato mediante l'effettuazione del metodo di accertamento analitico-induttivo o extracontabile di cui all'art. 39, comma 1, lett. d), d.P.R. 600/1973, pur non ricorrendo l'ipotesi di irregolarità nella tenuta delle scritture contabili o di vizi negli atti giuridici d'impresa<sup>19</sup>.

A questo punto, si può comprendere come, sul piano della categorie conoscitive e pratiche, si sia potuto affiancare alla tradizionale inerenza "qualitativa" quella "quantitativa", con l'affermazione del principio di diritto secondo cui sono indeducibili pure i costi di impresa valutati dagli Uffici incongrui ed il contribuente deve provare la congruità dei costi che intende portare in deduzione dal reddito, svolgendo così una difesa non soltanto sotto il profilo della inerenza qualitativa, ma anche sotto il profilo dell'inerenza quantitativa<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> Con la Risoluzione ministeriale dell'8 aprile 1980 n. 9/121 e l'altrettanto datata Circolare ministeriale del 16 giugno 1984, n. 20/9/613, l'Amministrazione finanziaria si è "auto-attribuita", ancorché con riferimento a specifiche tipologie di costi ed oneri, la possibilità di subordinare la deducibilità delle spese alla loro "congruità" rispetto ai ricavi o alla natura dei beni acquistati o delle prestazioni ricevute

<sup>13</sup> Vedi Cass., ord. 06 aprile 2017, n. 8981; 21 marzo 2017, n.7202; 23 marzo 2016, n. 5720.

<sup>14</sup> Il concetto di congruità è applicabile alle sole imposte sui redditi, *cf.* Cass., ord. 08 maggio 2014, n. 10041. Vedi tuttavia quanto si dirà nel testo.

<sup>15</sup> Con la nota interna n. 55440 del 2008, l'Agenzia ribadiva agli Uffici che, a fronte di una condotta dell'imprenditore ritenuta antieconomica, erano autorizzati ad attrarre a tassazione il componente negativo di reddito (o parte di esso) dedotto per eccesso.

<sup>16</sup> Cass., 20 gennaio 2004, n. 793. Ha inaugurato tale orientamento la sentenza n. 1821/2000.

<sup>17</sup> *Cfr.* Cass., 24 luglio 2002, n. 10802 e Cass., ord. 09 febbraio 2018, n. 3170. Pure in altre occasioni la Corte aveva sostenuto che la disposizione dell'art. 9 ha valore generale, rappresenta una vera e propria clausola antielusiva e costituisce esplicazione del generale divieto di abuso del diritto in materia tributaria, essendo precluso al contribuente di conseguire vantaggi fiscali mediante l'uso distorto – pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione di legge – di strumenti giuridici idonei a ottenere vantaggi in difetto di ragioni diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Vedi pure la sentenza Cass., 16 aprile 2014, n. 8849.

<sup>18</sup> V. Cass., 9 febbraio 2001, n. 1821; 24 luglio 2002, n. 10802 e 29 luglio 2011, n. 16642.

<sup>19</sup> *Cfr.* Cass., 7 aprile 2017, n. 9084; 30 novembre 2016, n. 24379; 7 ottobre 2016, n. 20132; 30 dicembre 2015, n. 26036; 4 aprile 2012, n. 5374.

<sup>20</sup> Vedi, in questi termini, la sentenza 4 aprile 2012, n. 5374 della Corte di Cassazione.

Il tema dell'economicità in rapporto alla congruità del costo ha dato la stura in dottrina a un esteso dibattito<sup>21</sup>. La nozione di "economicità gestionale" non trova una definizione normativa precisa e chiara, bensì è di derivazione giurisprudenziale (di merito e soprattutto di legittimità) dove viene ampiamente adottata, senza peraltro ricevere interpretazioni univoche. L'anti-economicità è stata posta in relazione pure con la contermine casistica dell'abuso del diritto e dei prezzi di trasferimento infragruppo di beni o servizi.

Non potendosi stabilire *ex ante* quando una determinata operazione possa dirsi economica o non, l'imprenditore è esposto al sindacato discrezionale dell'amministrazione sul merito o l'opportunità delle sue scelte imprenditoriali<sup>22</sup> oppure sottostà alle decisioni creative dei giudici tributari su cosa integra un comportamento "antieconomico".<sup>23</sup>

Ad onore del vero, tra le numerose decisioni della Corte di Cassazione vanno registrate pure quelle di segno contrario intese a valorizzare l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali e a negare all'amministrazione finanziaria la facoltà di disconoscere l'inerenza del costo sotto il profilo quantitativo<sup>24</sup>.

In effetti, può asserirsi che la categoria dell'economicità attiene al profilo della compatibilità tra la struttura dei costi e quella dei ricavi dell'impresa ed ha un fondamento solo presuntivo<sup>25</sup>. E' un concetto che

ha una ragion d'essere fiscale perché il conseguimento dell'utile è manifestazione di capacità contributiva e presupposto di tassabilità dell'impresa, ma può avere tale ragione solo nella nostra tradizione giuridica perché la nozione "europea" di impresa prescinde dal perseguimento dello scopo di lucro oggettivo.

Come detto, le recentissime pronunce della Cassazione hanno ricondotto l'inerenza a un contenuto esclusivamente qualitativo, dimodoché è configurabile come costo anche ciò che non reca alcun vantaggio economico ed escludendo, ai fini della inesistenza dell'inerenza degli elementi di spese, ogni valutazione in termini di vantaggiosità e congruità. Quindi principio ben saldo è che il costo, per essere fiscalmente deducibile dal reddito d'impresa, non è necessario che sia stato sostenuto dall'impresa per ottenere una ben precisa e determinata componente attiva di quel reddito, ma è sufficiente che esso sia correlato in senso ampio all'impresa in quanto tale, e cioè sia stato affrontato al fine di svolgere una attività potenzialmente idonea a produrre utili.

Nondimeno l'incongruità del costo per asserita anti-economicità può essere rilevante come dato di fatto da cui poter inferire la mancanza di inerenza qualitativa della spesa sostenuta<sup>26</sup>. Sembra allora che la spesa svantaggiosa si vada a collocare sul diverso piano logico e strutturale della prova.

## 6. La ripartizione dell'onere probatorio

L'idea che la Cassazione si è andata facendo dell'inerenza ha implicazioni importanti per il profilo della prova. In coerenza, i Giudici di legittimità hanno consolidato la regola di giudizio che, mentre spetta all'amministrazione dimostrare la maggiore pretesa erariale, il contribuente, che impugna la ripresa a tassazione del costo, è onerato di provarne l'inerenza ai sensi dell'art. 2697 c.c.<sup>27</sup>.

malità o di regolarità causale» e comporta il divieto di doppia presunzione (*praesumptio de praesumptio*). V. Cass., sent. n. 793 del 2004. Sul tema delle presunzioni si rimanda per tutti a A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008. È stato chiarito che la prova presuntiva di antieconomicità non può basarsi sugli studi interni o sulle medie di settore, Vedi G. FERRANTI, *Comportamenti antieconomici giustificano l'accertamento ma occorrono ulteriori elementi*, in *Corr. trib.*, n. 12/2012, p. 864 e A. PROTO, *Nuove pronunce in tema di antieconomicità del comportamento del contribuente*, in *GT - Rivista giur. Trib.*, n. 4/2012, p. 333.

<sup>26</sup> Per Cass, 6 giugno 2018, n. 14579 l'applicazione di buone regole di amministrazione dell'attività d'impresa contrasta con le spese svantaggiose, incongrue e sproporzionate, secondo un giudizio prognostico a monte e non in rapporto all'esito, dovendosi altrimenti negare il rischio d'impresa, motivo per cui è ipotizzabile con sufficiente certezza che le spese incongrue o svantaggiose conducano alla mala gestione dell'impresa e da ultimo alla sua estinzione, sicché il criterio quantitativo, apparentemente estromesso, torna ad assumere indirettamente rilevanza come indice rivelatore della mancanza di inerenza

<sup>27</sup> Vedi Cass., n. 12230/2001, n. 3109/2006, n. 4218/2006, n. 18000/2006, n. 20521/2006, n. 24075/2006, n. 27619/2006,

<sup>21</sup> La dottrina è critica in ordine alla possibilità di ritenere la sola antieconomicità della gestione condizione sufficiente a supportare la rettifica fiscale V. per tutti M. BEGHIN, *Reddito d'impresa ed economicità delle operazioni*, in *Corr. trib.*, n. 44/2009, p. 3626 e *Perdite su crediti, antieconomicità dell'operazione e giudizio d'inerenza*, in *Corr. trib.*, n. 5/2008, p. 377; M. NUSSI, *Il giudizio di inerenza dei compensi agli amministratori tra insindacabilità delle scelte imprenditoriali e autonomia dai fenomeni simulatori o elusivi*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 5/2011, p. 400; A. SALVATI, *Riflessioni in tema di antieconomicità e ragionevolezza nell'accertamento induttivo*, in *Rass. trib.*, n. 3/2009, p. 816; G. PAGANI, *Antieconomicità delle scelte imprenditoriali e accertamento fiscale*, in *il fisco*, n. 21/2011, p. 3321; G. FERRANTI, *L'ineducibilità dei compensi agli amministratori e i "nonsense" fiscali*, in *Corr. trib.*, n. 36/2010, p. 2929 e *Il principio di inerenza "quantitativa" e la sindacabilità dei comportamenti antieconomici*, in *Corr. trib.*, n. 18/2010, pp. 1409 ss.; A.M. PROTO, *Nozione di antieconomicità e rilevanza della buona fede del contribuente nell'Iva*, in *Rass. Trib.*, n. 5/2010, p. 1412; S. CAPOLUPO, *La valutazione della economicità degli atti*, in *il fisco*, n. 7/2009, pp. 1031 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Cass., 27 settembre 2000, n. 12813; 22 maggio 2002, n. 7487; 10 gennaio 2004, n. 79320.

<sup>23</sup> P. BORIA, *op. ult. cit.*, p. 771.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., 10 dicembre 2010, n. 24957. Si vedano pure le Cass., 20 maggio 2015, n. 10319 e 15 settembre 2017, n. 21405, ove, pur confermando la possibilità di negare la deducibilità di parte di un costo ritenuto sproporzionato ai ricavi o all'oggetto dell'impresa, la Cassazione ha precisato che "un siffatto sindacato non sembra possa spingersi sino alla verifica oggettiva circa la necessità, o quantomeno circa la opportunità di tali costi rispetto all'oggetto dell'attività. E tanto perché il controllo attingerebbe altrimenti a valutazioni di strategia commerciale riservate all'imprenditore".

<sup>25</sup> La natura presuntiva della antieconomicità implica che la relazione tra fatto dimostrato e fatto non conosciuto debba fondarsi sul «ragionevolmente probabile, secondo un criterio di nor-

Il principio di ripartizione dell'onere probatorio costituisce *ius receptum* ed è assunto al rango di *jus constitutionis*, ma incontra la critica della dottrina che lo giudica un indebito rovesciamento dell'onere della prova e una palese violazione dei fondamentali principi giuridici previsti dallo Statuto dei diritti del contribuente.

Sulla base del consolidato assetto di ripartizione probatoria, l'agenzia non ha remore a contestare al contribuente l'inerenza qualitativa e quantitativa dei costi dedotti, addossando su quest'ultimo non solo l'onere di provare l'infettibile requisito dell'inerenza dei costi all'attività svolta, ma anche di allegazione della documentazione di supporto dalla quale il giudice possa ricavare l'importo, la ragione e la coerenza economica della spesa al fine della prova dell'inerenza<sup>28</sup>.

Nella recente sentenza n.18904/2018 si va anche oltre e si sostiene che l'onere dell'imprenditore è per c.d. "originario", perché egli, ancor prima dell'esigenza di contrastare la maggiore pretesa erariale, deve fornire la prova del fatto costitutivo del costo, sicché è tenuto a provare e documentare l'imponibile maturato e, dunque, l'esistenza e la natura del costo, i relativi fatti giustificativi e la sua concreta destinazione alla produzione. In definitiva, stando a quest'approccio interpretativo, l'imprenditore in quanto tale deve giustificare formalmente ogni suo atto d'impresa non solo negativo, con buona pace della libertà di iniziativa economica e della libertà contrattuale insite nell'attività imprenditoriale.

In effetti, ove si sostenga che l'inerenza sia derivabile dal co. 5 dell'art. 109, d.P.R. 917/1986 ma l'ultima Cassazione lo nega, in quanto sostiene che il principio dell'inerenza si ricava dalla nozione di reddito d'impresa, si potrebbe asserire che è tale disposizione a porre una "presunzione legale relativa" a sfavore del contribuente, il quale quindi è tenuto a provare la sussistenza dell'inerenza qualitativa.

Difficilmente spiegabile è invece perché incomba sul contribuente l'onere di provare la congruità del costo che l'ufficio recupera perché ne predica la non coerenza economica, a meno di non sostenere che l'"interesse fiscale" a prescindere può arrivare al riconoscimento dell'inerenza del costo d'impresa<sup>29</sup>.

## 7. Prova dell'inerenza

Di fronte ai dubbi sollevati dalle modalità di dichiarazione dell'onere probatorio, non ci si può esimere dal qualche considerazione. Primo punto da tener ben

n. 4046/2007, n. 16115/2007, n. 10257/2008, n. 3305/2009, n. 6855/2009, n. 4443/2010, n. 4554/2010, n. 19489/2010, n. 26480/2010, n. 10269/2017, n.21184/2014, n.13300/2017.

<sup>28</sup> Tra le tante, anche recenti, v. Cass., sent. 6 giugno 2018, n. 14579; ord. n. 13300 del 2017 e, con specifico riferimento all'Iva, sent. n. 22130 del 2013.

<sup>29</sup> Come sembra sostenere P. BORIA, *La ricostruzione del principio di inerenza nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 775.

a mente è che, nel caso in cui l'ufficio contesta la deducibilità del costo per carenza dell'inerenza qualitativa, la prova della sua esistenza ricade sul contribuente unicamente nei casi di dubbio collegamento del componente reddituale negativo con l'impresa.

La giurisprudenza distingue tra beni "normalmente necessari e strumentali" e beni "non necessari e strumentali" e solo in questa seconda evenienza l'onere probatorio va soddisfatto dal contribuente<sup>30</sup>. Sarà invece l'amministrazione a dover provare l'inesistenza dell'inerenza nei casi specifici in cui si fa questione di spese per beni strettamente strumentali alla produzione del reddito dell'impresa o comunque intrinsecamente necessari all'impresa<sup>31</sup>.

Il secondo punto su cui porre l'accento è che, se l'ufficio è onerato di provare la pretesa secondo la regola generale e tale principio vale pure, per la Cassazione, con riferimento alla prova della sussistenza dell'inerenza, ciò significa che, nel processo dove l'amministrazione fa valere il suo diritto di credito, essa deve dimostrare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto e quindi ha da provare gli elementi fattuali indicati nella motivazione dell'atto che ha valorizzato ed utilizzato per negare il collegamento funzionale tra la spesa e l'attività di impresa e disconoscere la deducibilità del costo. A meno che, non vi sia una disposizione (l'art.109 cit.?) che addossa direttamente in capo al contribuente l'onere della prova della esistenza della inerenza qualitativa.

In terzo luogo va sottolineato che, poiché l'amministrazione utilizza l'accertamento condotto con il particolare metodo analitico-extracontabile, deve provare la sussistenza dei presupposti che legittimano l'adozione di questo metodo. In coerenza con la tipologia accertativa che impiega, non è dato all'ufficio prescindere dai dati contabili del contribuente in suo possesso ma, solo, di procedere a un "completamento" degli stessi mediante il ricorso alla presunzione semplice di anti-economicità "qualificata"<sup>32</sup>. L'esistenza degli

<sup>30</sup> V. Cass., 27 aprile 2012, n. 6548.

<sup>31</sup> Si veda pure P. BORIA, *op. ult. cit.*, p. 771. I casi classici sono rappresentati dai costi per l'acquisto di materie prime, semilavorati, macchinari indispensabili alla produzione e vendita. Per tale categoria di spese l'inerenza sarebbe presupposta in modo oggettivo. Secondo la sent. Cass., 17 luglio 2018, n. 18904, in realtà, nell'ipotesi dei beni «normalmente necessari e strumentali» si assiste, più che ad una modifica dei criteri di ripartizione, ad una semplificazione dell'onere del contribuente. Diversamente, per Cass., ord. n. 26202 del 18 ottobre 2018 "non incombe alcun onere della prova in capo al contribuente".

<sup>32</sup> La Corte di Cassazione, con sentenza n. 20132 del 7 ottobre 2016, ha precisato che, nell'accertamento analitico extracontabile, la "incompletezza, falsità od inesattezza" degli elementi indicati non è tale da non consentire di prescindere dalle scritture contabili essendo legittimato l'Ufficio accertatore a "completare" le lacune riscontrate utilizzando ai fini della dimostrazione della inesistenza di componenti negativi dichiarati anche presunzioni semplici (*praesumptio hominis*) rispondenti ai requisiti previsti dall'art. 2729 c.c.". Vedi il commento di C. SCALINCI, *La Cassa-*

ulteriori elementi indiziari, tali da far ritenere che il costo non sia, in realtà, correlato all'attività d'impresa, dovrà essere dimostrata dall'amministrazione che intende avvalersi della presunzione.

Sospetti e illazioni pertanto non bastano a negare l'inerenza e neppure l'indizio dell'anomalo comportamento commerciale è sufficiente, dovendo esso andare a comporre un quadro di indizi gravi, precisi e concordanti al fine di fondare la legittimità dell'accertamento<sup>33</sup>. L'esistenza degli ulteriori elementi indiziari dovrà essere dimostrata dall'Amministrazione che intende avvalersi della presunzione<sup>34</sup>.

Il singolo atto d'impresa, che in sé può essere giudicato svantaggioso, potrebbe non essere irragionevole se collocato nel contesto dell'attività d'impresa quale risulta dall'intera situazione contrattuale e aziendale e quindi va valutato dall'Amministrazione alla luce dell'oggetto sociale e del progetto imprenditoriale che lo sostiene.

Non si comprende allora perché debba incombere sul contribuente l'onere di dimostrare che l'operazione, apparentemente isolata e non diretta al mercato, è inserita nella specifica attività imprenditoriale ed è destinata, almeno in prospettiva, a generare un lucro in proprio favore<sup>35</sup>.

In quarto luogo, la contestazione della mancata inerenza del costo per anti-economicità è una ipotesi operativa che si può aggiungere a quella riguardante la contestazione per assenza di inerenza del costo. Si può associare unicamente quando l'Amministrazione ritenendo che gli elementi dedotti dal contribuente nel bilancio o in dichiarazione siano mancanti, insufficienti od inadeguati adduce su base congetturale

---

*zione torna sul discrimine tra accertamento analitico extracontabile e accertamento induttivo puro, in Riv. dir. trib. on line del 24 ottobre 2016.*

<sup>33</sup> Cass., 5 ottobre 2010, n. 21317 e 15 settembre 2008, n. 23635. In senso contrario, v. la sentenza n. 23635 del 15 settembre 2008, dove si afferma che una condotta non ispirata ai normali criteri di economicità dell'imprenditore (principio del massimo risultato e del minimo mezzo), in contrasto con le scelte del buon senso e prive di razionale motivazione può assumere valenza di indizio fornito dei requisiti di gravità, precisione e concordanza che legittimano il disconoscimento della deducibilità dei costi, avuto riguardo al parametro del valore normale. Su questi punti controversi, cfr. F. RUOSI, *Problematiche connesse all'inerenza ed alla congruità dei costi. Onere della prova*. Cassazione n. 5374 del 4 aprile 2012. Un caso pratico: i servizi infragruppo, Seminario di aggiornamento professionale in materia sostanziale e processuale per i magistrati delle Commissioni tributarie delle Regioni Calabria e Sicilia (venerdì 28 e sabato 29 settembre 2012), in *www.giustizia-tributaria.it*.

<sup>34</sup> Negli anni, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che: "gravi", sono gli elementi presuntivi oggettivamente e intrinsecamente consistenti e, come tali, resistenti, alle possibili obiezioni; "precisi" sono quelli dotati di specificità e concretezza e non suscettibili di diversa, altrettanto o più verosimile interpretazione; "concordanti" sono quelli non confliggenti tra loro e non smentiti da dati ugualmente certi.

<sup>35</sup> Come vuole Cass., sent. n. 3746 del 2015.

l'esistenza di ulteriori elementi di fatto gravi, precisi e concordanti e tali da far ritenere che il costo, in quanto spropositato, non sia, in realtà, correlato all'attività d'impresa, bensì riferibile all'area personale dell'imprenditore ovvero a finalità estranee all'impresa, motivo per cui il requisito dell'inerenza qualitativa in realtà è inesistente.<sup>36</sup>

Per aggiungere la valutazione quantitativa a quella qualitativa, tuttavia l'ufficio dovrà ascoltare le giustificazioni del contribuente in ordine all'economicità o meno dell'atto d'impresa e nella motivazione del suo avviso di accertamento, oltre a dimostrare la fondatezza della presunzione di anti-economicità, dovrà spiegare le ragioni per cui i fatti giustificativi addotti dal contribuente sono state considerati, totalmente o parzialmente, inidonei a giustificare l'atto anomalo.

La Cassazione non pone in senso tecnico a carico del contribuente la prova dell'economicità e richiede un onere di argomentazione da assolvere adducendo spiegazioni credibili dell'apparente anomalia dell'atto di spesa<sup>37</sup>.

Infine va evidenziato che il giudizio qualitativo di inerenza non si porta necessariamente dietro il giudizio quantitativo di congruità sul piano probatorio. L'incorgruità o l'anti economicità della spesa non possono assumere rilevanza probatoria quali indici sintomatici della carenza di inerenza qualitativa con relativo onere probatorio a carico del contribuente, secondo la Cassazione nell'ipotesi in cui l'apprezzamento del costo in termini qualitativi abbia già confermato che esso è correlato all'attività d'impresa.

Sembra di poter affermare in conclusione che, dopo che l'ufficio ha convinto il giudice di merito della fondatezza della valutazione di non congruità della spesa, l'onere probatorio possa essere trasferito sul contribuente, il quale sarà chiamato a fornire la prova della sussistenza di circostanze di fatto obiettive in grado di dimostrare la congruità/validità economica del suo atto di impresa.

Il contribuente non potrà affidarsi al valore probatorio dell'impianto contabile e dovrà, mediante l'allegazione di documentazione giustificatrice, addurre spiegazioni credibili sulla convenienza imprenditoriale della scelta di spesa sproporzionata sostenuta e convincere concretamente il giudice tributario che il costo è, in realtà, correlato alla produzione del reddito d'impresa e pertanto il requisito dell'inerenza è esistente.

Investito della questione, per poter annullare l'ac-

---

<sup>36</sup> Cass., 17 luglio 2018, n. 18904.

<sup>37</sup> Secondo A.M. CONIGLIARO, *Onere probatorio negli accertamenti basati sull'antieconomicità della gestione aziendale*, in *il Fisco*, n. 24/2014, p. 2357, i comportamenti antieconomici costituiscono un elemento che, se non pone in senso tecnico la prova a carico del contribuente, per lo meno richiede un onere di argomentazione, da assolvere adducendo spiegazioni credibili delle apparenti discrepanze. Sulla differenza tra le due tecniche, v. R. LUPI, *Processo tributario e transfer pricing tra prova e argomentazione*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3097 ss.

certamento il giudice deve specificare, con argomenti validi, le ragioni per le quali ritiene che l'anti-economicità del comportamento del contribuente non è sintomatica della carenza di inerenza della spesa.

Stante, secondo la Cassazione, la natura di "impugnazione-merito" del processo tributario, il giudice deve passare a esaminare nel merito la maggiore pretesa tributaria e può rideterminare l'entità del costo d'impresa operando una motivata valutazione sostitutiva, in maniera tale da ricondurre il *quantum* dedotto alla corretta misura, entro i limiti posti dalle domande di parte.

## 8. Conclusioni

L'attività interpretativa compiuta dai Giudici della Suprema Corte in materia d'inerenza dei costi d'impresa e relativo onere probatorio non può essere ricondotta all'esercizio del supremo ufficio nomofilattico e tocca questioni su cui riteniamo si debba apprestare maggior attenzione.

È in ambito economico-aziendale che si sviluppa autonomamente e acquisisce importanza generale la regola secondo cui le spese d'impresa, per essere prese in considerazione nel bilancio di esercizio, di volta in volta, con riferimento alla singola fattispecie concreta, devono rivestire una certa caratteristica, debbono essere "inerenti" all'attività imprenditoriale. Nel settore tributario questa specifica regola o norma tecnica spiega influenza ai fini della deducibilità dei componenti negativi del reddito d'impresa, dipendendo la determinazione di questo tipo di reddito dal risultato del conto economico.

Il principio dell'inerenza tuttavia è privo di disposizione normativa ed, a tal riguardo, le opinioni, come si è visto, si sono divise: c'è chi asserisce che, quantunque "inespressa", la regola sia comunque ricavabile dall'interprete per astrazione da norme particolari e chi sostiene che essa sia solo "implicita" nell'ordinamento tributario e dunque che non trovi esplicitazione in alcun atto normativo.

Si consideri però che seppure l'inerenza è un principio inespresso, questo non le impedisce di esistere ed avere efficacia nel diritto tributario a causa della sua natura tecnica ovvero che, anche se l'inerenza trovasse formulazione in una apposita norma, ciò non dovrebbe andare ad incidere sulla sua natura tecnica. Comunque si voglia spiegare l'inerenza, la discussione sulla sua natura espressa o inespressa ci pare sterile. Quel che importa è altro, cercare di capire il valore dell'inerenza, la sua validità giuridica.

Ciò che può asserirsi con un certo fondamento è che l'inerenza risponde alla buona tecnica della materia economico-aziendale di rapportare funzionalmente il costo deducibile alla specifica attività d'impresa.

Nel suo ambito di origine, tale regola ha carattere volontario. Nel diritto tributario direttamente o indirettamente la norma tecnica ha acquisito, per il sem-

plice "fatto" di esistere, un valore imperativo e possiede dunque forza normativa. In altre parole, è diventata fonte di diritto tributario, tant'è che la mancata applicazione dell'inerenza dà luogo ad accertamento tributario ed è sanzionata in via amministrativa e penale.

Per l'ordinamento tributario il principio di inerenza è una fonte-fatto e rappresenta il criterio di qualificazione delle spese deducibili dal reddito d'impresa.

Ma se l'inerenza è un fatto capace di essere cogente nel diritto tributario, il suo contenuto non può che riprodurre lo "stato dell'arte" economico-aziendale e non potrà essere riempito di significato da qualche atto normativo tributario positivo, che peraltro non c'è, altrimenti la regola corre il rischio di perdere la sua originaria natura tecnica.

Questo è quello che, in effetti, è accaduto a causa dell'interpretazione consolidata dell'inerenza operata dalla Cassazione. Essendo l'inerenza una regola inespressa o implicita, il giudice non aveva una disposizione da interpretare al fine di individuare la "norma" giuridica sull'inerenza da applicare per la determinazione del reddito d'impresa. Semplicemente doveva prendere atto che non vi era nulla da "interpretare" e si trattava unicamente di "accertare" il contenuto della regola tecnica dell'inerenza, tal quale concepita e sviluppata in ambito aziendale.

Invece atti autoritativi che non sono fonti normative si sono sostituiti allo specifico fatto normativo tributario ed hanno "interpretato" l'inerenza, snaturandola e assegnando alla regola un contenuto normativo impositivo del reddito netto d'impresa con funzione antielusiva, che le è estraneo.

L'accertamento tributario, volto a garantire a che l'impresa applicasse nella specifica fattispecie la regola dell'inerenza dei costi per il corretto calcolo del reddito d'impresa e quindi che fosse adottata la migliore soluzione tecnica a disposizione per collegare in un rapporto funzionale le spese contabilizzate all'attività d'impresa è diventato invece lo strumento per sindacare le scelte imprenditoriali e per sottoporre ad un'analisi di congruità il componente negativo considerato di importo eccessivo, così da riprendere a tassazione una parte delle risorse dell'impresa in quanto presumibilmente destinate a finalità extra-imprenditoriali. Tanto poi spetta al contribuente-imprenditore provare nel processo l'inerenza dei costi deducibili ed anche la congruità dei componenti negativi di reddito!

Le considerazioni sin qui svolte ci riportano alla questione adombrata all'inizio.

Se pure l'arbitraggio giudiziale della Cassazione invade la sfera di competenza normativa senza limitazioni, introducendo elementi di discontinuità rispetto alle *rationes* dell'ordinamento tributario vigente, c'è da domandarsi sommessamente quali potranno essere le ricadute destabilizzanti sull'unità e continuità del diritto tributario.

## I criteri di assimilazione dei rifiuti speciali: le conseguenze della mancata attuazione del Codice dell'Ambiente.

*Nota a Cass., sez. V, 13 aprile 2018, n. 9214*

### abstract

*The Supreme Court reconstructs the regulatory framework regarding the criteria for assimilation of special waste to municipal solid waste, clarifying that, due to the lack of implementation of the Environmental Code, municipalities must apply the criteria established by the 1984 CIPE Resolution. Furthermore, the Supreme Court has clearly specified that if municipality does not rule in order to quantitative assimilation criteria, taxpayer is just entitled to tariff reduction, proportionally to the amount of waste actually sent for alternative recovery. In such cases, the burden of information as regards the proper quantification and delimitation of the area subject to reduced taxation lies with the taxpayer.*

### keywords

*Waste collection tax – Special waste – Assimilation criteria.*

### abstract

*La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, ricostruisce il quadro normativo in materia di criteri di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti solidi urbani, chiarendo che, a fronte della mancata attuazione del Codice dell'ambiente, le potestà impositive dei comuni sono, tutt'oggi, ancorate ai criteri stabiliti dalla Delibera CIPE del 1984. Essa ha inoltre specificato che nell'ipotesi di mancata individuazione dei criteri quantitativi di assimilazione in delibera comunale, al contribuente non spetta una esenzione totale, ma solo una riduzione tariffaria, in proporzione alla quantità di rifiuti effettivamente avviata al recupero in via autonoma. In tal caso, grava sul contribuente l'onere di informazione circa la corretta quantificazione e delimitazione della superficie assoggettabile a tassazione.*

### parole chiave

*TARSU – Rifiuti speciali – Criteri di assimilazione.*

### sommario

Premessa. – **1.** I criteri di assimilazione dei rifiuti speciali e le potestà dei Comuni. – **2.** Gli obblighi di informazione del contribuente. – **3.** Cenni conclusivi.

### Premessa

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte è tornata ad occuparsi della tassazione sulla raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, esprimendosi in particolare sulla potestà regolamentare dei Comuni in materia di assimilazione dei rifiuti speciali. La pronuncia il pregio di ricostruire la disciplina applicabile *ratione temporis*, operazione non sempre agevole a fronte della serrata successione di interventi legislativi che ha caratterizzato la disciplina fiscale sui rifiuti.

La controversia trae origine dall'annullamento da parte della Commissione Tributaria Provinciale di Torino di alcuni avvisi di pagamento (e relative cartelle esattoriali) per TARSU, relativi agli anni di imposta dal 2005 al 2008; detti avvisi venivano notificati dal Comune di Avigliana ad una società a responsabilità limitata esercente attività artigianale. I rifiuti provenienti da tale tipo di attività erano stati assimilati dall'ente impositore ai rifiuti solidi urbani, indicando soltanto i criteri qualitativi di assimilazione, senza nulla statuire circa i criteri quantitativi. La società ricorrente aveva invocato la causa di esclusione stabilita dall'articolo 62, comma 3, del d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507 (applicabile ai periodi di imposta oggetto della sentenza). Nel delineare il presupposto impositivo della TARSU, tale articolo esclude dalla tassazione le porzioni di aree dove, per specifiche caratteristiche strutturali e per destinazione, si formano, di regola, rifiuti speciali, tossici o nocivi, prevedendo per tali rifiuti lo smaltimento a spese degli stessi produttori, a fronte del divieto del loro conferimento al servizio pubblico di raccolta.

Successivamente, la Commissione Tributaria Regionale del Piemonte accoglieva l'appello proposto dal Comune di Avigliana, ritenendo che i rifiuti in oggetto non si sottraessero alla privativa comunale, in quan-

to assimilati ai rifiuti urbani. Stabiliva, inoltre, che la mancata specificazione dei criteri quantitativi non giustificasse la mancata partecipazione del contribuente alle spese di gestione del servizio di igiene urbana, riconoscendo soltanto una riduzione del tributo in proporzione alla quantità di rifiuti gestita in modo autonomo. Inoltre, la CTR accertava che la ricorrente non aveva mai presentato, in relazione alle aree oggetto di causa, alcuna denuncia ai fini TARSU, né aveva mai dimostrato la produzione di rifiuti speciali.

La vicenda giunge in Cassazione: la Corte, dunque, ha dovuto preliminarmente procedere ad una ricostruzione della normativa in materia di assimilazione dei rifiuti speciali, per poi concentrarsi sui tratti distintivi della vicenda, ossia l'assenza della individuazione dei criteri quantitativi di assimilazione da parte del Comune, e il mancato assolvimento, da parte del contribuente, degli obblighi di informazione relativi alla corretta delimitazione delle aree escluse dalla tassazione sui rifiuti.

Al fine di comprendere pienamente la portata della pronuncia in epigrafe, risulta utile un *excursus* dell'altalenante disciplina del potere di assimilazione, che ha avuto importanti conseguenze sulla misura dell'esenzione per le aree produttive di rifiuti speciali.

### 1. I criteri di assimilazione dei rifiuti speciali e le potestà dei Comuni

Il tema del potere di assimilazione dei rifiuti speciali a quelli urbani rappresenta, senza dubbio, un nodo cruciale in materia di tassazione sui rifiuti: nonostante l'argomento sia caratterizzato da una forte connotazione tecnica, e disciplinato in base a principi tipici del diritto ambientale, esso risulta avere importanti riflessi nella materia tributaria, in ordine alla ricostruzione del presupposto impositivo.

A riguardo, è utile rammentare che, nella determinazione della superficie tassabile, rileva la distinzione esistente tra rifiuti urbani e rifiuti speciali. Come già anticipato, l'articolo 62, comma 3, del d.lgs. 507/93, nel rapportare la tassa alle superfici dei locali occupati o detenuti, stabilisce una causa di esclusione per quelle sole parti di superfici in cui, per struttura e destinazione, si formano rifiuti speciali. La disposizione prevede, inoltre, che ai fini della determinazione della predetta superficie non tassabile, il Comune può individuare (nell'esercizio della potestà di normazione secondaria riconosciuta dall'articolo 68, d.lgs. 507/93) categorie di attività produttive di rifiuti speciali tossici o nocivi alle quali applicare una percentuale di riduzione rispetto alla intera superficie su cui l'attività viene svolta.

Risulta, quindi, di fondamentale importanza la distinzione tra rifiuti urbani e rifiuti speciali. In termini generali, nel tentativo di cogliere gli elementi comuni delle definizioni succedutesi nel tempo, può dirsi che i rifiuti urbani sono quelli provenienti da utenze domestiche; i rifiuti speciali, derivano, invece, da attivi-

tà industriali, artigianali, di commercio e di servizi<sup>1</sup>. È poi prevista la possibilità da parte dei Comuni, con delibera da emanarsi sulla base di criteri dettati dallo Stato, di assimilare i rifiuti speciali a quelli urbani. Il provvedimento comunale di assimilazione rende il rifiuto speciale equivalente a quello urbano, con conseguente soggezione a tassazione delle superfici sulle quali tali rifiuti vengono prodotti.

La classificazione appenatratteggiata è stata delineata già a partire dal 10 settembre 1982, con d.p.r. n. 915, che, riservando allo Stato la competenza a fissare i criteri generali per l'assimilazione dei rifiuti speciali a quelli urbani, affidò tale compito al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE). Quest'ultimo provvide con delibera del 27 luglio 1984, il cui contenuto principale consiste nella individuazione dei criteri di assimilabilità di natura tecnologica allo scopo di consentire, senza rischi per la salute dell'uomo o per l'ambiente, lo smaltimento dei rifiuti (ancorché) speciali nei medesimi impianti predisposti per i rifiuti urbani. Di particolare rilievo risulta l'indicazione dei due criteri fondamentali per l'assimilazione: essa è consentita per i rifiuti simili secondo il requisito della analoga composizione merceologica, oppure per i rifiuti rientranti in un elenco (meramente esemplificativo).

Il d.lgs. 507 del 1993 confermò nella sostanza il regime del potere regolamentare comunale di assimilazione, sulla base dei criteri dettati dallo Stato.

Al contrario, la l. 22 febbraio 1994, n. 146, all'articolo 39, introdusse l'assimilazione *ope legis* dei rifiuti speciali indicati nella delibera CIPE del 1984, eliminando la necessità di un intervento regolamentare da parte del Comune. Tuttavia, l'assimilazione per legge, volta a realizzare una applicazione uniforme della normativa su tutto il territorio nazionale, venne successivamente abrogata dall'articolo 17 della l. 24 aprile 1998, n. 128, anche se, a ben vedere, una rideterminazione dell'intera materia era già avvenuta, *medio tempore*, con d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. decreto Ronchi, istitutivo della TIA, tariffa di igiene ambientale).

La vicenda oggetto della presente disanima sorge proprio in relazione all'avvicendamento normativo avvenuto tra decreto Ronchi e successivo Codice dell'ambiente (*id est* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. TIA 2). La Suprema Corte ha dovuto, infatti, procedere ad una puntuale ricostruzione della normativa, anche di natura transitoria, e ciò al fine di individuare i limiti al corretto esercizio del potere di assimilazione da parte dei Comuni. Nel ricorso era stata lamentata la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 21, comma 2, lettera g, del d.lgs. 22/97, che aveva ripristinato la competenza dei Comuni ad emanare i regolamenti di assimilazione,

<sup>1</sup> Si segnala inoltre che, in base al grado di pericolosità, si distinguono rifiuti tossici e rifiuti nocivi.

per qualità e quantità, dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani, sulla base dei criteri statali (articolo 18, comma 2, lettera d). Lo stesso decreto disponeva, inoltre, all'articolo 57, comma 1, la permanenza delle norme regolamentari e tecniche di disciplina dei rifiuti già in vigore, sino all'adozione di specifiche norme attuative. (e quindi il riferimento è da intendersi alla delibera CIPE 1984). La Corte, con la sentenza in commento, ha chiarito che tale assetto normativo non risulta essere stato superato dal Codice dell'ambiente. Se è pur vero che l'articolo 195, comma 2, attribuisce alla competenza dello Stato la determinazione dei criteri qualitativi e quali-quantitativi per l'assimilazione, tale esercizio di potestà andava effettuato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico. Evidenzia la Corte che suddetto decreto non è mai stato adottato, e che quindi l'entrata in vigore del Codice dell'ambiente, in materia di potere di assimilazione, è stata solo parziale. Ne consegue che le potestà impositive dei Comuni siano rimaste ancorate ai criteri contenuti nella delibera interministeriale del 27 luglio 1984.

A tal proposito, la Corte sottolinea come ciò era stato esplicitato già con la legge Finanziaria per il 2007, il cui articolo 1, comma 184, lettera b dispone che nelle more della completa attuazione delle disposizioni recate dal Codice dell'ambiente, in materia di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani, continuano ad applicarsi le disposizioni degli articoli 18, comma 2, lettera d), e 57, comma 1, del decreto Ronchi.

In definitiva, risulta pienamente operativo nel caso di specie l'articolo 21, comma 2, lettera g, del d.lgs. 22/97, e quindi è ancora operante la facoltà dei Comuni di assimilare o meno ai rifiuti urbani quelli derivanti da attività economiche, sulla base dei criteri contenuti nella delibera CIPE 1984. Quest'ultima risulta ancora attuale grazie ad una serie di rinvii contenuti nel Codice ambientale, nonché a causa dell'assenza di nuove regole tecniche che avrebbero dovuto essere adottate già dal 2006<sup>2</sup>.

Nella vicenda in esame, avendo il Comune di Avigliana assimilato i rifiuti provenienti da attività artigianale a quelli urbani, non può trovare applicazione la causa di esclusione ex articolo 62 d.lgs. 507/93: per ottenere la non tassazione, sostiene la Corte, non è sufficiente che si tratti di rifiuti speciali, ma è altresì necessario che tali rifiuti non siano assimilati per delibera del Comune.

<sup>2</sup> L'illegittimità del silenzio tenuto dal Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare rispetto all'obbligo di emanare il decreto previsto dall'art. 195, comma 2, lettera e), d.lgs. n. 152/2006 per la definizione dei criteri per l'assimilabilità dei rifiuti speciali a quelli urbani è stata dichiarata anche dal Tar Lazio, con la sentenza n. 4611 del 13 aprile 2017. Sul punto, cfr. E. Righi, *Rifiuti speciali e TARI: entro 120 giorni il Governo, inadempienze e messo in mora, dovrà regolarne i criteri per la loro assimilabilità ai rifiuti solidi urbani*, in *Boll. Trib.*, 2018, 2, 155.

La sentenza risulta senza dubbio interessante, quindi, per aver statuito che le potestà impositive dei Comuni in materia di assimilazione sono rimaste ferme ai criteri individuati dalla delibera CIPE del 1984, anche a seguito dell'emanazione del Codice dell'ambiente. Tuttavia, per completezza descrittiva, risulta opportuno segnalare che in ambito Tari, il comma 649 della l. 27 dicembre 2013, n. 147, ha introdotto nuove regole in tema di potere di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani. Infatti, è disposto che il Comune debba individuare le aree produttive di rifiuti escluse dal potere di assimilazione. Viene quindi introdotto l'obbligo per le amministrazioni comunali di definire divieti di assimilazione per attività produttive, senza, però, individuare alcun criterio attuativo (qualitativo o quantitativo). Come sottolineato anche da una parte della dottrina, la nuova disposizione inserisce, in maniera forse asistemica, un nuovo ambito di intervento regolamentare del Comune, che dovrebbe configurare fattispecie di esclusione soltanto in base alla tipologia di attività esercitata dal contribuente<sup>3</sup>.

L'ulteriore questione affrontata dalla Corte di Cassazione riguarda l'eventualità di mancata individuazione da parte del Comune delle caratteristiche quantitative dei rifiuti speciali assimilati.

## 2. Gli obblighi di informazione del contribuente

La delibera comunale di assimilazione presuppone necessariamente la concreta individuazione delle caratteristiche, non solo qualitative, ma anche quantitative dei rifiuti speciali. Tale principio di diritto, pacifico e consolidato nella giurisprudenza<sup>4</sup>, viene ribadito dalla Corte di Cassazione anche in questa occasione, risultando evidente che l'impatto igienico di un materiale di scarto dipende anche dalla sua quantità. Di conseguenza, il criterio quantitativo impone di fissare il conferimento massimo (es. in chilogrammi per metri quadri) che il contribuente può effettuare al servizio pubblico. L'orientamento costante della Cassazione ha, quindi, stabilito l'invalidità ai fini TARSU delle delibere comunali di assimilazione carenti dei criteri quantitativi, con il fine precipuo di arginare la tendenza dei Comuni ad ampliare la possibilità di tassazione delle superfici (all'evidente scopo di incrementare il gettito), indicando genericamente la qualità dei rifiuti da assimilare, senza valutare la concreta ed effettiva possibilità del loro smaltimento. E ciò anche perché tale tendenza ha spesso provocato inefficienze e ritardi nei servizi di smaltimento dei rifiuti svolti in regime di privativa comunale, con conseguenti disservizi ai cittadini e succes-

<sup>3</sup> Così E. Cecchin, A. Cepparulo, *TARI: il nuovo potere locale di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani*, in *Fisco*, 2/2015, 149.

<sup>4</sup> Cass., sez. V, sent. 13 giugno 2012, n. 9361, in *Banca Dati Big suite IPSOA*. Tale principio risulta essere confermato anche da Cass. Sez. V, sent. 2 settembre 2002, n. 12752, nonché Cass., sez. V, 30 dicembre 2011, n. 30719.

sive richieste di rimborso o riduzione del tributo.

Nella vicenda *de qua*, il Comune, per l'appunto, aveva ommesso di stabilire l'assimilazione quantitativa dei rifiuti, ma a tal proposito la Corte, specificando ulteriormente il principio di diritto appena ricordato, chiarisce che tale omissione non determina automaticamente la detassazione delle aree in cui vengono prodotti rifiuti speciali assimilati. A tal scopo occorre che il contribuente assolva una serie di obblighi di informazione, volti alla adeguata delimitazione delle aree in cui si formano in prevalenza rifiuti speciali, tramite adeguata documentazione, idonea a dimostrare che essi siano stati gestiti in conformità alla disciplina di legge, tramite conferimento a terzi a ciò autorizzati. Incombe sull'impresa contribuente l'onere di fornire all'amministrazione comunale i dati relativi alla esistenza e alla delimitazione delle aree che non concorrono alla quantificazione della complessiva superficie imponibile.

Da quanto emerge dalla disanima della sentenza, pur operando anche nella materia in esame il principio secondo cui in ordine ai fatti costituenti fonte dell'obbligazione tributaria l'onere della prova ricade sull'amministrazione finanziaria, in relazione alla quantificazione dell'imposta è il contribuente a dover provare i requisiti dell'esclusione di alcune aree dalla superficie tassabile. Il presupposto della tassa sullo smaltimento dei rifiuti solidi urbani consiste nell'occupazione o nella detenzione di locali o aree scoperte a qualsiasi uso adibiti, e qualsiasi esenzione od esclusione si pone come eccezione a tale regola generale. Quindi, la concreta quantificazione del prelievo e la eventuale esclusione di una parte delle aree utilizzate poiché produttive di rifiuti speciali saranno subordinate alla presentazione da parte del contribuente di idonea documentazione. Infatti, per quanto attiene alla quantificazione della tassa, è posto a carico dell'interessato (oltre all'obbligo di denuncia, *ex* articolo 70, D.lgs. 507/93) un onere di informazione circa i dati relativi alla esistenza e alla delimitazione delle aree che non devono essere incluse nella complessiva superficie da sottoporre a tassazione<sup>5</sup>.

Nel caso sottoposto al vaglio della Corte, risultava incontestato che la società contribuente non avesse fornito siffatta prova: la Commissione Tributaria Regionale, infatti, aveva accertato che le aree oggetto di causa non erano state oggetto di denuncia ai fini TARSU, né era stata fornita alcuna dimostrazione circa la produzione di rifiuti speciali.

Inoltre, la Cassazione chiarisce il regime dei rifiuti speciali assimilati, nella eventualità in cui il contribuente dimostri di averli avviati al recupero in modo autonomo. In tal caso, l'articolo 21, comma 7, del Decreto Ronchi, prevede l'esonero da privativa comunale: ciò non determina l'esenzione dall'imposta, ma soltan-

to il diritto ad una riduzione tariffaria, determinata in concreto, a consuntivo, in proporzione alla quantità di rifiuti assimilati che il produttore dimostri di aver avviato a recupero. Ciò in base alla previsione generale dell'articolo 67, comma 2, d.lgs. 507/93, nonché *ex* articolo 49, comma 14, del Decreto Ronchi. Anche laddove tale articolo non dovesse trovare applicazione nella fattispecie concreta (poiché riferibile alla TIA e non alla TARSU), il regime di riduzione tariffaria, argomenta la Corte, trova in ogni caso applicazione in base all'articolo 7, comma 2, d.p.r. 158 del 27 aprile 1999. Quest'ultimo, nell'approvare il metodo normalizzato per la determinazione della tariffa di riferimento per la gestione dei rifiuti urbani, può essere applicato dai Comuni anche ai fini TARSU, e prevede ugualmente una riduzione di imposta (e non una esenzione) nel caso in cui rifiuti speciali assimilati agli urbani vengano avviati al recupero direttamente dal produttore. Tale coefficiente di riduzione, laddove non applicato dal Comune, può essere individuato dal giudice tributario, al fine di non gravare il contribuente delle inadempienze del Comune.

### 3. Cenni conclusivi

La sentenza ha indubbiamente il pregio di averricostruito il quadro normativo in materia di criteri di assimilazione, chiarendo che a fronte della mancata attuazione del Codice dell'ambiente, le potestà impositive dei comuni sono, tutt'oggi, ancorate ai criteri stabiliti dalla Delibera CIPE del 1984. Essa ha inoltre specificato che grava sull'interessato un onere di informazione al fine di ottenere l'esclusione dalla superficie tassabile delle aree produttive di rifiuti speciali. Tuttavia resta aperto il problema della individuazione della documentazione idonea a dimostrare le condizioni dell'esclusione. Tale aspetto è stato sottolineato anche nel novembre 2018, durante l'interrogazione rivolta dalla Commissione delle finanze della Camera dei Deputati al Sottosegretario di Stato per l'economia e le finanze<sup>6</sup>. In tale occasione è emerso come non sussista una tipologia definita della documentazione in discorso, spettando ai Comuni, nell'esercizio della propria autonomia regolamentare, definire la specifica documentazione da richiedere ai contribuenti/produttori.

Risulta senza dubbioauspicabile un esercizio uniforme e coerente di tale autonomia regolamentare, al fine di agevolare il contribuente nella corretta individuazione della documentazione idonea ad assolvere gli obblighi di informazione relativi alla corretta quantificazione e delimitazione della superficie assoggettabile a tassazione.

<sup>5</sup> Tale principio risulta consolidato in giurisprudenza, ed è stato ribadito, *ex multis*, anche in tempi coevi alla sentenza in epigrafe: Cass., sez V, sent. 11 maggio 2018, n. 11451, in *Banca Dati Big suite IPSOA*.

<sup>6</sup> Interrogazione 5-00535 Lombardo: Determinazione della superficie assoggettabile alla TARI. Il testo della risposta è consultabile al seguente link: <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2018/11/28/leg.18.bol0101.data20181128.com06.pdf>

## Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

### Fiscalità diretta – Imposta sul reddito– Deducibilità dei contributi versati a un ente previdenziale professionale e a un'assicurazione pensionistica privata – Esclusione per i non residenti – Libertà di stabilimento.

*L'art. 49 del TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che non permette ad un contribuente non residente ed assoggettato in questo stesso Stato ad un obbligo fiscale limitato, di dedurre dall'imposta sul reddito l'importo dei contributi obbligatori versati. Nel caso specifico, il contribuente, di nazionalità tedesca ma domiciliato in Belgio, aveva percepito redditi attribuibili alla competenza di diversi Stati membri nell'ambito di una procedura di fissazione e ripartizione; per tale motivo non poteva essere trattato come soggetto illimitatamente tenuto all'imposta sul reddito in Germania. Nel 2008, per poter svolgere la professione di avvocato come avvocato stabilito aveva dovuto iscriversi obbligatoriamente all'ordine professionale di Colonia ed al competente ente di previdenza versando i relativi contributi. L'amministrazione finanziaria tedesca, ai fini della dichiarazione dei redditi aveva disconosciuto la possibilità di dedurre i contributi previdenziali versati all'ente tedesco, essendo gli stessi spese professionali anticipate. Tuttavia, secondo la Corte di Giustizia trattandosi di forme previdenziali obbligatorie, il diniego condurrebbe ad una ingiustificata discriminazione fra contribuenti soggetti ad obbligo fiscale limitato ed illimitato e ad una violazione dell'art. 49 TFUE che permetterebbe una distinzione solo in caso di contributi complementari e volontari.*

CGUE, 6 dicembre 2018, C- 480/17, *Frank Montag c. Finanzamt Köln-Mitte*

### Imposte dirette – IRPEF – Contributi previdenziali e assistenziali obbligatori – Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza forense – Deducibilità dal reddito complessivo

*Il dato letterale dell'art. 50 del TUIR stabilisce espressamente che dal compenso del professionista sono esclusi i contributi previdenziali e assistenziali stabiliti dalla legge a carico del soggetto che li corrisponde: tali contributi concorrono a formare la sola base imponibile ai fini Iva. Con l'ordinanza in commento, la Suprema Corte ha avuto modo di ribadire come sia pacifico che l'importo del 2% (ora del 4%) del fatturato riportato nella parcella sia a carico del cliente: il relativo importo non fa parte delle componenti del compenso e nulla pertanto va dedotto, esulando dalla fattispecie prevista dall'art. 10 del TUIR. La Corte di Cassazione, nella vicenda in esame, dunque, rigetta il ricorso presentato da un professionista avverso la decisione della Commissione Tributaria Regionale della Campania, con cui era stata negata la deducibilità dei contributi assistenziali e previdenziali versati obbligatoriamente alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza forense. Gli Ermellini sottolineano, inoltre, come il caso di specie non rientri nelle ipotesi di versamenti eseguiti dal professionista senza che il costo sia ribaltato sul cliente. Per tali versamenti, infatti, è prevista la deducibilità, come ad esempio nel caso in cui il contributo integrativo sia stato versato alla Cassa forense a prescindere dalla fatturazione di prestazioni, in quanto necessario al raggiungimento dell'importo minimo richiesto per la permanenza della iscrizione alla medesima Cassa.*

Cass., sez. V, ord. 13 dicembre 2018, n. 32258 - Pres. G. Locatelli, rel. F. Federici

### Imposte dirette – IRPEF – Accertamento – Compravendita immobiliare – Imposta di registro

*In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 147 del 2015 – che, quale norma di interpretazione autentica, ha efficacia retroattiva – esclude che l'Amministrazione finanziaria possa ancora procedere ad accertare, in via induttiva, la plusvalenza patrimoniale realizzata a seguito di cessione di immobile o di azienda solo sulla base del valore dichiarato, accertato o definito ai fini di altra imposta commisurata al valore del bene, posto che la base imponibile ai fini IRPEF è data non già dal valore del bene, ma dalla differenza tra i corrispettivi percepiti nel periodo di imposta e il prezzo di acquisto del bene ceduto, aumentato di ogni altro costo inerente al bene medesimo. Il riferimento contenuto nella detta norma all'imposta di registro ed alle imposte ipotecarie e catastali svolge una funzione esemplificativa, volta esclusivamente a rimarcare la ratio della norma incentrata sulla non assimilabili-*

*tà della differente base impositiva (valore) rispetto a quella prevista per l'IRPEF (corrispettivo). La pretesa impositiva risultava quindi illegittima in quanto si basava su un orientamento, ormai superato, secondo il quale l'accertamento di valore effettuato in sede di applicazione dell'imposta di registro legittimava l'Amministrazione finanziaria a procedere, in via induttiva, all'accertamento del reddito da plusvalenza, con conseguente onere della prova, a carico del contribuente, per superare la presunzione di corrispondenza del prezzo incassato a quello coincidente con il valore di mercato accertato, in via definitiva, ai fini della imposta di registro.*

Cass., sez. V, ord. 24 agosto 2018, n. 21103 - Pres. P. Campanile, rel. M. M. Fracanzani

#### **IRPEF – Esenzione totale – Trattamento pensionistico – Non spettante**

*La norma dell'Art. 8, c.1, lett. c) del DPR 18.09.1962 n. 2083 che prevede l'esenzione totale dal pagamento delle imposte sui redditi per gli stipendi e gli emolumenti corrisposti al personale civile dai quartier generali interalleati nella loro qualità di impiegati di detti quartieri generali, non fa menzione delle pensioni corrisposte dopo la cessazione del rapporto lavorativo. L'interpretazione letterale della citata norma impone di attribuire l'esenzione unicamente agli emolumenti derivanti dal rapporto di lavoro in corso di svolgimento e non si estende, in mancanza di un'espressa disposizione di legge, ai redditi da pensione derivanti dal medesimo lavoro, in quanto le norme fiscali che prevedono esclusioni o esenzioni sono regole di stretta interpretazione che non trovano applicazione se non nelle ipotesi da esse contemplate. L'equiparazione dei redditi da pensione a quelli da lavoro dipendente è, infatti, dettata dalla finalità di "omogeneizzare il relativo trattamento tributario" e non anche per estendere ai primi una disposizione speciale prevista solo per una categoria ben precisa di lavoro dipendente.*

Cass., sez. V., sent. 15 gennaio 2019, n. 705 - Pres. E. Cirillo, rel. P.A.P. Condello.

#### **IRPEF – Redditi fondiari – Locazione commerciale – Risoluzione con effetti retroattivi – Opponibilità**

*In caso di risoluzione consensuale del contratto di locazione, i canoni relativi a mensilità anteriori alla risoluzione, anche se non percepiti, concorrono a formare la base imponibile IRPEF. In base al combinato disposto dagli artt. 23 e 34 del D.P.R. n. 917 del 1986 (ratione temporis vigente), il reddito degli immobili locati per fini diversi da quello abitativo è individuato in relazione al reddito locativo fino a che risulta in vita un contratto di locazione: anche i canoni non percepiti per morosità del conduttore costituiscono, quindi, reddito tassabile, fino a che non sia intervenuta la risoluzione del contratto o un provvedimento di convalida dello sfratto. Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha ribadito che la successiva risoluzione dell'accordo contrattuale per mutuo dissenso non può avere effetto naturalmente retroattivo: quest'ultimo è escluso in via generale, dall'articolo 1458 del codice civile, comma 1 (in tema di risoluzione per inadempimento, ma applicabile, salva diversa volontà delle parti, anche alla risoluzione consensuale), in base al quale, nei contratti a esecuzione continuata o periodica, l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. Di conseguenza, la risoluzione consensuale di un contratto di locazione non può avere alcuna rilevanza nei confronti dei terzi ed a maggior ragione, quindi, nei confronti dell'Erario, non potendo, in particolare, pregiudicare la legittima pretesa impositiva medio tempore maturata per effetto di patti sopravvenuti tra le parti.*

Cass., sez. V., 09 gennaio 2019, n. 348 - Pres. P. Campanile, rel. P. Bernazzani



## Giustizia contabile

LE SOCIETÀ PARTECIPATE E I BILANCI DEGLI ENTI LOCALI NELLA PROSPETTIVA DELLA CONTABILITÀ PUBBLICA .....	154
di Francesco Antonino Cancilla	
FUNZIONI COMPENSATIVE, SANZIONATORIE E DETERRENTI NEI GIUDIZI DI RESPONSABILITÀ DINANZI ALLA CORTE DEI CONTI: LA FUNZIONE “MENO CHE COMPENSATIVA” DELL’AZIONE RISARCITORIA PUBBLICISTICA DA DANNO ALLA FINANZA PUBBLICA E LE NUOVE AZIONI SANZIONATORIE SPECIALI .....	163
di Pasquale Fava	



## Le società partecipate e i bilanci degli enti locali nella prospettiva della contabilità pubblica

### abstract

*The essay relates to the legal matters concerning the impact of public companies on the financial statements of local authorities, which are their shareholders, according to statutory rules aiming at preserving the financial balance principle. First of all, it is required the accounting alignment between the companies and local municipalities statements. Secondly, every local authority must approve consolidated financial statements, which have to include the results of shared public companies. Thirdly, local municipalities financial statements have to provide a provision for the risk of losses of public companies so as to avoid a negative impact on public finance. In order to preserve the financial balance of public administration, the Court of Auditors checks that local authorities enforce the accounting rules concerning relations with public companies.*

### keywords

*Court of Auditors – Public companies – Public accounting – Consolidated financial statements – Provision for public companies losses – Control and auditing.*

### abstract

*Il saggio esamina alcune questioni giuridiche concernenti l'impatto delle società partecipate sui bilanci degli enti territoriali, che ne sono soci, secondo la vigente legislazione che mira a garantire il principio dell'equilibrio di bilancio. Innanzitutto, è richiesto l'allineamento contabile tra i bilanci delle società partecipate e quelli degli enti locali. In secondo luogo, ogni ente locale deve approvare un bilancio consolidato, che deve tener conto dei risultati delle società partecipate. In terzo luogo, i bilanci degli enti locali devono prevedere un fondo per perdite delle società partecipate, così da evitare una loro incidenza negativa sull'equilibrio finanziario. Al fine di preservare l'equilibrio di bilancio della pubblica amministrazione, la Corte dei conti verifica che gli enti locali rispettino le norme di contabilità relative ai loro rapporti con le società partecipate.*

### parole chiave

*Corte dei Conti – Società a partecipazione pubblica – Contabilità – Bilancio consolidato – Fondo per le perdite delle società partecipate – Controlli.*

### sommario

1. I rapporti tra gli enti territoriali e le società partecipate: l'allineamento contabile. – 2. Il bilancio consolidato degli enti territoriali e gli organismi partecipati. – 3. Il fondo per le perdite delle società partecipate. – 4. I controlli della Corte dei Conti.

### 1. I rapporti tra gli enti territoriali e le società partecipate: l'allineamento contabile

Nell'ambito dell'analisi sugli effetti delle partecipazioni societarie<sup>1</sup> sulla finanza pubblica riveste particolare importanza la verifica della corrispondenza dei rapporti di credito e debito tra gli Enti pubblici soci e gli organismi partecipati; tale operazione è necessaria sia per una corretta contabilizzazione delle reciproche posizioni di credito e di debito, sia per una puntuale redazione del bilancio consolidato da parte dell'ente territoriale, sia -infine- per un'esatta quantificazione del fondo per le perdite delle società partecipate; su tali profili si soffermeranno più ampiamente i prossimi paragrafi. L'obbligo di dare dimostrazione della conciliazione dei rapporti di debito e credito, introdotto dapprima soltanto per Comuni e Province, è previsto dall'art. 11, comma 6, del decreto legislativo n. 118 del 2011, che prevede che: «La relazione sulla gestione allegata al rendiconto è un documento illustrativo della gestione dell'ente, nonché dei fatti di rilievo verificatisi dopo la chiusura dell'esercizio e di ogni eventuale informazione utile ad una migliore comprensione dei dati contabili. In particolare, la relazione illustra: gli esiti della verifica dei crediti e debiti reciproci con i propri enti strumentali e le società controllate e par-

<sup>1</sup> FIMMANÒ - CATRICALÀ, *Introduzione. Profili generali della riforma*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, 15; IBBA, *Introduzione*, in IBBA - DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018, 1; MATTARELLA, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018, 3; MORBIDELLI, *Introduzione*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 4; PIPERATA, *La partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2017, 1; GRASSO, *Le società a partecipazione pubblica in Italia*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 41; RANUCCI, *Art. 2. Società*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 131.

tecipate. La predetta informativa, asseverata dai rispettivi organi di revisione, evidenzia analiticamente eventuali discordanze e ne fornisce la motivazione; in tal caso l'ente assume senza indugio, e comunque non oltre il termine dell'esercizio finanziario in corso, i provvedimenti necessari ai fini della riconciliazione delle partite debitorie e creditorie».

L'obbligo in questione è chiaramente finalizzato ad una corretta rappresentazione della situazione economico-finanziaria sia dell'Amministrazione socia sia della società partecipata; l'organo esecutivo dell'Ente territoriale deve quindi illustrare annualmente gli esiti della verifica dei debiti e crediti reciproci con i propri Enti strumentali e con le società controllate o partecipate<sup>2</sup>. In presenza di discordanze, motivate nella nota informativa, il medesimo organo esecutivo dell'Amministrazione pubblica deve assumere tempestivamente, e comunque non oltre il termine dell'esercizio finanziario in corso, i provvedimenti occorrenti per la riconciliazione delle partite debitorie e creditorie, nell'ambito dei poteri di indirizzo e di controllo.

La Sezione delle Autonomie con la deliberazione n. 2/2016/QMIG del 20 gennaio 2016 è intervenuta sul problema dell'individuazione dell'organo preposto all'asseverazione dei dati della società. La Corte ha chiarito che l'obbligo di asseverazione è a carico degli organi di revisione sia degli enti territoriali sia degli organismi controllati/partecipati. L'asseverazione da parte dell'organo di revisione delle società partecipate è sempre necessaria, sicché è irrilevante il fatto che dal bilancio societario sia possibile individuare in modo analitico i singoli rapporti debitori e creditori esistenti nei confronti dell'ente socio. L'asseverazione ha un suo essenziale valore giuridico, perché permette di evitare eventuali incongruenze e garantisce una piena attendibilità dei rapporti debitori e creditori.

Ad avviso della Sezione delle Autonomie, nelle società per azioni e in accomandita per azioni controllate/partecipate da enti territoriali, è tenuto alla prescritta asseverazione il soggetto cui è attribuita la revisione

<sup>2</sup> La verifica della situazione finanziaria delle società partecipate e dell'allineamento contabile è importante anche ai fini della revisione delle partecipazioni; sul tema si v. BARBAGALLO, *La revisione straordinaria e la razionalizzazione periodica delle partecipazioni*, in IBBA - DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 416; CENTRONE, *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 1035; CIERVO, *Il regime delle operazioni finanziarie delle amministrazioni partecipanti e la disciplina speciale per le società partecipate dalle amministrazioni locali*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 564; DE GIROLAMO, *La razionalizzazione delle partecipazioni*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 159; FABRIZIO, *Art. 20. Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 426; NICODEMO, *Art. 24. Revisione straordinaria delle partecipazioni*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 485.

legale dei conti, ai sensi dell'art. 2409-bis c.c. Nelle società a responsabilità limitata controllate o partecipate da enti territoriali, ove non sia obbligatoria la nomina del revisore legale dei conti, ai sensi dell'art. 2477, co. 2, c.c., è rimessa all'autonomia statutaria la facoltà di designare un organo di controllo<sup>3</sup>. In caso di mancata individuazione di un organo di controllo nello statuto della società a responsabilità limitata o del consorzio, spetta all'ente territoriale socio individuare, all'interno dell'organismo partecipato, il soggetto chiamato ad asseverare la nota informativa attestante i reciproci rapporti debitori e creditori, senza previsione di compensi aggiuntivi.

Infine, nell'ipotesi di inerzia da parte degli organi di revisione delle società controllate e partecipate, il soggetto incaricato della revisione dell'ente territoriale segnala tale inadempimento all'organo esecutivo della P.A. che deve adottare provvedimenti necessari ai fini della riconciliazione delle partite debitorie e creditorie.

## 2. Il bilancio consolidato degli enti territoriali e gli organismi partecipati

Nel corso degli anni il legislatore ha perseguito l'obiettivo di una crescente responsabilizzazione gestionale degli Enti territoriali attraverso un maggiore coordinamento tra le dinamiche economico-finanziarie degli organismi controllati/partecipati e gli strumenti di programmazione finanziaria dei medesimi Enti. Infatti, ancor prima dell'adozione del decreto legislativo n. 175 del 2016, Testo Unico sulle società partecipate, l'esigenza di verificare l'effettivo impatto delle partecipazioni societarie sulle finanze pubbliche<sup>4</sup> ha indotto il legislatore ad occuparsi del bilancio consolidato nel decreto legislativo 23 giugno 2011 n. 118, avente ad oggetto l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, delle Province e degli enti locali<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Sul tema dei controlli interni nelle società partecipate, si v. CANCELLA, *Sistemi di controllo interno, efficienza e tutela della concorrenza nelle società a controllo pubblico: brevi annotazioni sull'integrazione degli strumenti di governo societario*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 965; CICCHINELLI, *I controlli interni nelle società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 461; COSSU, *L'organo di controllo interno delle società pubbliche*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 469; FURGIUELE, *I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 437; SCIASCIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche delineato dal Testo Unico*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 165.

<sup>4</sup> Per un'analisi economica, si v. CAPALBO, *Le società a partecipazione pubblica in Italia e all'estero: numeri e incidenza sull'economia*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, 117.

<sup>5</sup> Sull'armonizzazione contabile, si v. ANZALONE - SIRAGUSA, *Principali innovazioni nella contabilità delle PA: il processo di armonizzazione*, in ANZALONE - MACRÌ - SIRAGUSA, *La nuova*

L'art. 11-*bis* del decreto legislativo n. 118 del 2011 prevede che le Regioni, le Province, i Comuni e gli enti del servizio sanitario redigono il bilancio consolidato<sup>6</sup> con i propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate, secondo le modalità ed i criteri individuati nell'allegato n. 4/4; tale bilancio è costituito dal conto economico consolidato, dallo stato patrimoniale consolidato e dai seguenti allegati: a) la relazione sulla gestione consolidata che comprende la nota integrativa; b) la relazione del collegio dei revisori dei conti. Ai fini dell'inclusione nel bilancio consolidato, si considera qualsiasi ente strumentale, azienda, società controllata e partecipata, indipendentemente dalla sua forma giuridica pubblica o privata, anche se le attività che svolge sono dissimili da quelle degli altri componenti del gruppo.

In definitiva, il bilancio consolidato è un documento a carattere consuntivo che rappresenta il risultato economico, patrimoniale e finanziario del "gruppo amministrazione pubblica", attraverso un'opportuna eliminazione dei rapporti che hanno prodotto effetti soltanto all'interno del gruppo, al fine di rappresentare le transazioni effettuate con soggetti esterni. Tale bilancio è predisposto dall'ente capogruppo, che coordina l'attività degli organismi partecipati, e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione finanziaria e patrimoniale oltre che il risultato economico della complessiva attività svolta dall'ente attraverso le proprie articolazioni organizzative, i suoi enti strumentali e le sue società controllate e partecipate.

Il bilancio consolidato di ciascuna Amministrazione, così come illustrato nell'Allegato 4/4 del decreto legislativo n. 118 del 2011, «supera le divisioni rappresentate dalle singole personalità giuridiche di enti, istituzioni, società ecc., che vengono di fatto assimilate a settori operativi del "gruppo amministrazione pubblica" dell'ente locale»; è quindi individuato come «lo strumento informativo primario di dati patrimoniali, economici e finanziari del gruppo inteso come un'unica entità economica distinta dalle singole società e/o enti componenti il gruppo, che assolve a funzioni essenziali di informazione, sia interna che esterna, funzioni che non possono essere assolte dai bilanci separati degli enti e/o società componenti il gruppo né da una loro semplice aggregazione».

Il legislatore ha conseguentemente valorizzato il bilancio consolidato, perché consente di pervenire a una visione complessiva della situazione finanziaria dell'Amministrazione pubblica, in modo da eliminare le distorsioni derivanti dalle esternalizzazioni.

*contabilità delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2015, 55; BILARDO, *Perché una riforma della contabilità delle Regioni e degli Enti locali*, in BILARDO - ANZALONE (a cura di), *Manuale di contabilità delle Regioni e degli enti locali*, Molfetta, 2017, 22

<sup>6</sup> DI RUSSO, *Il bilancio consolidato*, in BILARDO - ANZALONE (a cura di), *Manuale di contabilità delle Regioni e degli enti locali*, Molfetta, 2017, 569.

Le disposizioni nazionali sul bilancio consolidato trovano poi fondamento nella disciplina europea<sup>7</sup> e, specificamente, nella direttiva n. 2011/85/UE, che riguarda i quadri di bilancio degli Stati, recepita in Italia con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 54. L'art. 3 della direttiva, infatti, prevede che: «Gli Stati membri si dotano di sistemi di contabilità pubblica che coprono in modo completo e uniforme tutti i sottosettori dell'amministrazione pubblica e contengono le informazioni necessarie per generare dati fondati sul principio di competenza»<sup>8</sup>.

L'Unione Europea ha rilevato che in numerosi Paesi membri vi è stato un consistente decentramento in materia di bilancio con la relativa attribuzione di poteri ad amministrazioni subnazionali o ad altri soggetti anche privati. L'incidenza degli enti locali e delle società controllate dalle amministrazioni pubbliche, ai fini del rispetto del Patto di stabilità e crescita, si è quindi accresciuta, sicché occorre garantire che tutti i sottosettori dell'amministrazione pubblica si conformino agli obblighi e alle procedure previste per i bilanci statali. Va dunque prestata attenzione alle operazioni degli organismi, che sono sottoposti all'amministrazione pubblica e che, pur non rientrando nel bilancio ordinario, hanno un impatto immediato o a medio termine sui saldi finanziari degli Stati membri<sup>9</sup>.

Il bilancio consolidato rappresenta così una base conoscitiva omogenea con regole uniformi per tutti quei soggetti che sono inclusi nel "gruppo amministrazione pubblica". Il decreto legislativo n. 118 del 2011 e i suoi allegati si soffermano sulle modalità di formazione del bilancio consolidato, che va approvato entro il 30 settembre dell'anno successivo a quello di riferimento. I componenti del gruppo "amministrazione pubblica", indipendentemente dalla loro forma giuridica (enti strumentali, consorzi, associazioni e ovviamente società), devono trasmettere all'ente capogruppo i dati contabili necessari per il consolidamento entro il termine stabilito nel Regolamento di contabilità o, in mancanza, entro il termine del 20

<sup>7</sup> Con riferimento alle società partecipate nella prospettiva del diritto europeo, si v. pure CINTIOLI, *L'impresa pubblica nel diritto europeo*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 34; TESAURO - PESCE, *Liberalizzazione e concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 33. Sui profili dei rapporti tra Testo Unico e Codice degli appalti, si v. FOIS - RICCARDI, *La società mista con contratto di partenariato pubblico - privato nel Testo Unico e nel nuovo Codice degli appalti*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 741.

<sup>8</sup> Ai fini della verifica dei parametri europei di finanza pubblica, le istituzioni europee esaminano per ciascun Paese il conto consolidato delle amministrazioni pubbliche; si v. MONORCHIO - MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2016, 271.

<sup>9</sup> PETTINARI, *Società pubbliche e vincoli finanziari europei e nazionali*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 344; POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti sulle società pubbliche a seguito del Testo Unico*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 520.

luglio dell'anno successivo a quello di riferimento. Il consolidamento ha un perimetro ampio, poiché include aziende, società controllate e partecipate, enti e organismi strumentali degli Enti territoriali (art. 11-bis, d.lgs. n. 118/2011); pertanto, permette di giungere a un risultato economico unitario del "gruppo Ente locale", che tenga conto sia del risultato dell'esercizio dell'ente, sia dei profitti e delle perdite degli organismi partecipati. La Sezione di controllo per la Regione siciliana, nella deliberazione n. 60/2014/PAR del 7 maggio 2014, soffermandosi sul problema delle società in liquidazione, ha peraltro sottolineato che nel bilancio consolidato devono essere considerate anche le società affidatarie di servizi pubblici locali ormai poste in liquidazione. In primo luogo, infatti, non è prevista alcuna esclusione o deroga per tali società; in secondo luogo, in ogni caso, non va trascurato che il bilancio consolidato mira a valorizzare ai massimi livelli il principio di veridicità delle risultanze contabili sia dell'ente che degli organismi partecipati.

È opportuno rilevare che vi è una notevole differenza tra l'ambito delle società in controllo pubblico, come individuato dall'art. 2 del decreto legislativo n. 175 del 2016 e l'ambito del consolidamento, che comprende tutte le partecipazioni anche non di controllo<sup>10</sup>. Inoltre, ai fini del consolidamento si tiene conto pure del concetto di "controllo contrattuale", sicché l'area del consolidamento si estende ai casi in cui l'influenza dominante è esercitata in virtù di particolari vincoli contrattuali, anche in assenza di partecipazione. Nel Principio contabile esposto nell'Allegato 4/4 al decreto legislativo n. 118 del 2011, come aggiornato con il Decreto Ministeriale 11 agosto 2017, è infatti precisato che: «L'influenza dominante si manifesta attraverso clausole contrattuali che incidono significativamente sulla gestione dell'altro contraente (ad esempio l'im-

posizione della tariffa minima, l'obbligo di fruibilità pubblica del servizio, previsione di agevolazioni o esenzioni) che svolge l'attività prevalentemente nei confronti dell'ente controllante. I contratti di servizio pubblico e di concessione stipulati con enti o aziende, che svolgono prevalentemente l'attività oggetto di tali contratti, presuppongono l'esercizio di influenza dominante».

Le prime applicazioni del consolidamento hanno mostrato una certa lacunosità a causa della soglia di rilevanza prevista nel testo originario del Principio contabile applicato (paragrafo 3 dell'allegato n. 4/4 al d.lgs. n. 118/2011), che disponeva in maniera netta l'esonero dall'obbligo di consolidamento, proprio sotto il profilo della rilevanza, qualora il bilancio di ciascun organismo presentasse (con riguardo a ciascuno dei parametri individuati: totale dell'attivo, patrimonio netto e totale dei ricavi caratteristici) un'incidenza inferiore al 10% per gli Enti locali e al 5% per le Regioni e le Province autonome rispetto alla posizione patrimoniale, economica e finanziaria della capogruppo<sup>11</sup>. L'applicazione rigida delle soglie ha tuttavia causato l'effetto distorsivo dell'esclusione dall'area del consolidamento di numerose società, spesso con affidamenti *in house*<sup>12</sup>.

Con il decreto ministeriale 11 agosto 2017 sono state apportate le necessarie modifiche, tenuto conto dell'esigenza di raggiungere un compromesso fra la fissazione di una soglia più bassa di rilevanza e il principio di significatività nel quadro di una valutazione che resta affidata alla discrezionalità degli enti. Si è quindi previsto che, per garantire la significatività del bilancio consolidato, gli enti possono considerare non irrilevanti i bilanci degli enti e delle società che presentano percentuali inferiori alle nuove soglie.

Il principio contabile, infatti, prevede che: «La valutazione di irrilevanza deve essere formulata sia con riferimento al singolo ente o società, sia all'insieme degli enti e delle società ritenuti scarsamente significativi, in quanto la considerazione di più situazioni modeste potrebbe rilevarsi di interesse ai fini del consolidamento. Si deve evitare che l'esclusione di tante realtà autonomamente insignificanti sottragga al bilancio di gruppo informazioni di rilievo. Si pensi, ad

<sup>10</sup> Vi è poi il fenomeno della partecipazione indiretta, che si verifica allorché la partecipazione in una società è detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica. La giurisprudenza della Corte dei Conti ha evidenziato che la presenza di diversi livelli di partecipazione può comportare un'attenuazione dei poteri di controllo dell'Amministrazione pubblica sugli organismi partecipati. Sul punto, infatti, la Sezione di controllo per la Regione Lombardia nella deliberazione n. 1/2012/PRSE del 10 gennaio 2012 ha sottolineato che: «La partecipazione societaria indiretta, di fatto, "allenta" il controllo che l'Ente locale deve esercitare sui propri organismi partecipati poiché, nell'assemblea societaria della partecipata di secondo livello, non interviene il rappresentante dell'amministrazione comunale, bensì il rappresentante della società partecipata di primo livello. Conseguentemente, l'amministrazione comunale deve valutare con particolare ponderazione il ricorso alla partecipazione societaria indiretta, tenendo, altresì, presente il fatto che l'interposizione di un organismo societario di secondo livello può trovare ragione d'essere in presenza di particolari circostanze, quali ad esempio lo svolgimento di una attività che richiede una organizzazione imprenditoriale di una certa complessità». Si v. pure NICODEMO, *Art. 2. Partecipazione indiretta*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 108.

<sup>11</sup> Vi può essere peraltro il controllo congiunto esercitato da più amministrazioni pubbliche; si v. v. Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Liguria, 24 gennaio 2018, n. 3/2018/PAR.

<sup>12</sup> Sulle società *in house*, si v. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del Testo Unico e quelle del Codice dei Contratti pubblici*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, 213; FANTINI, *Art. 2. Società in house*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 89; PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in IBBA - DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 191; STANIZZI, *Le società in house*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 73; VESSIA, *Le società in house: profili concorrenziali*, in IBBA - DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 229

esempio, al caso limite di un gruppo aziendale composto da un considerevole numero di enti e società, tutte di dimensioni esigue tali da consentirne l'esclusione qualora singolarmente considerate. Pertanto, ai fini dell'esclusione per irrilevanza, a decorrere dall'esercizio 2018, la sommatoria delle percentuali dei bilanci singolarmente considerati irrilevanti deve presentare, per ciascuno dei parametri sopra indicati, un'incidenza inferiore al 10 per cento rispetto alla posizione patrimoniale, economica e finanziaria della capogruppo. Se tali sommatorie presentano un valore pari o superiore al 10 per cento, la capogruppo individua i bilanci degli enti singolarmente irrilevanti da inserire nel bilancio consolidato, fino a ricondurre la sommatoria delle percentuali dei bilanci esclusi per irrilevanza ad una incidenza inferiore al 10 per cento».

Va aggiunto che sono considerati rilevanti ai fini del consolidamento gli enti e le società totalmente partecipati dalla capogruppo, le società *in house* e gli enti partecipati titolari di affidamento diretto da parte dei componenti del gruppo, a prescindere dalla quota di partecipazione<sup>13</sup>. Salva l'ipotesi dell'affidamento diretto, non sono tuttavia oggetto di consolidamento le quote di partecipazione inferiori all'1% del capitale della società partecipata. Occorre, infine, precisare che dall'esercizio 2018 sono considerati irrilevanti i bilanci delle società e degli organismi che presentano una incidenza inferiore al 3 per cento rispetto alla posizione patrimoniale, economica e finanziaria della capogruppo.

### 3. Il fondo per le perdite delle società partecipate

Un ulteriore profilo di notevole importanza - dal punto di vista contabile stico - è rappresentato dal "Fondo per perdite delle società partecipate"<sup>14</sup>, regolato in maniera dettagliata dall'art. 21 del decreto legislativo n. 175 del 2016. E' infatti previsto che, nel caso in cui le società partecipate presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni socie,

che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione<sup>15</sup>. Limitatamente alle società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, per risultato si intende la differenza tra il valore e i costi della produzione ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile. L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione: a)- nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione; b)- analogamente nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti; l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione; c)- nel caso di liquidazione delle società. È stato adottato poi un regime transitorio per il triennio 2015 - 2017; infatti, l'ente partecipante a società, che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio negativo, accantona, in proporzione alla quota di partecipazione, una somma pari alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio 2011-2013 migliorato, rispettivamente, del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016. L'art. 21, comma 3 bis, del decreto legislativo n. 175 del 2016, sopra citato, dispone che le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato.

Posto che gli accantonamenti possono essere utilizzati per il ripiano delle perdite subite dalle società ai sensi dell'art. 21 del decreto legislativo n. 175 del 2016, va sottolineato che l'adempimento dell'obbligo di accantonamento è una regola prudenziale di bilancio e non si pone in contrasto con il divieto di ripiano delle perdite, fissato dall'art. 14, comma 5, del decreto legislativo n. 175 del 2016.

Il fondo è stato dapprima introdotto dall'articolo 1, commi 550-552, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), le cui previsioni sono state fedelmente riprese dall'articolo 21 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Tale norma stabiliva che, qualora un organismo partecipato presentasse un risultato di esercizio negativo non immediatamente ripianato, l'ente locale partecipante fosse tenuto a creare un accantonamento vincolato in misura proporzionale

<sup>13</sup> Su affidamenti diretti e *in house*, si v. CENTRONE, *Presupposti e requisiti per l'affidamento diretto di appalti e concessioni. Le innovazioni normative nel t.u. e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista web della Corte dei Conti*, n. 17 - giugno 2017, [www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it); IMPARATO, *Il modello della società in house: art. 16 del Testo Unico e altre disposizioni dell'ordinamento*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 235; STANIZZI, *Le società in house*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 80.

<sup>14</sup> BARBAGALLO, *Perdite di gestione e riflessi sul socio pubblico. Gli obblighi di trasparenza*, in IBBA - DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018, 361; CAROSI - CAPALBO - SORRENTINO, *Le norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 807; MARIANI, *Il fondo crediti di dubbia esigibilità e il risultato di amministrazione*, in BILARDO - ANZALONE (a cura di), *Manuale di contabilità delle Regioni e degli enti locali*, cit., 315; PETRETTO, *Art. 21. Norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 448.

<sup>15</sup> Sul tema della crisi delle società partecipate, si v.: STANGHELLINI, *Art. 14. Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 346; GOISIS - CODAZZI, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2017, 415.

alla quota di partecipazione nel bilancio di previsione dell'anno successivo. Tale norma ha quindi creato per la prima volta una relazione diretta tra le perdite registrate dagli organismi partecipati e la conseguenziale contrazione degli spazi di spesa per i soci. Ciò ha inteso responsabilizzare gli enti locali nel perseguimento della sana gestione degli organismi partecipati<sup>16</sup>.

In generale, il meccanismo dell'accantonamento risponde all'esigenza di consentire una costante verifica e neutralizzazione delle possibili ricadute delle gestioni esternalizzate sui bilanci delle pubbliche amministrazioni e si pone quindi nell'ottica della salvaguardia degli equilibri finanziari presenti e futuri degli enti stessi.

La decisione di procedere allo scioglimento di una società determina il venir meno del considerato obbligo di accantonamento nel bilancio dell'Ente socio, ferma restando, comunque, la facoltà per la Pubblica Amministrazione di mantenere tali poste vincolate come scelta prudenziale, soprattutto in previsione dell'eventualità di doverle effettivamente utilizzare al ricorrere di eccezionali situazioni di accollo dei debiti. Va chiarito che l'obbligo dell'accantonamento cessa in conseguenza della sopravvenuta impossibilità del verificarsi dei potenziali eventi che giustificano il preventivo accantonamento di risorse; in tali fattispecie va compresa anche la messa in liquidazione della società, poiché l'assenza di una possibile continuità aziendale e il regime di responsabilità patrimoniale limitata del socio non rendono ipotizzabile una nuova spesa.

Va ribadito che costituisce una novità per il nostro ordinamento il fatto che -mediante la previsione dell'accantonamento obbligatorio- il risultato della partecipata incida sulla contabilità finanziaria dell'ente partecipante e provochi una conseguenziale e proporzionale compressione della capacità di spesa dell'Amministrazione pubblica.

In definitiva, l'obbligo di accantonamento di quote di bilancio, in correlazione a risultati gestionali negativi degli organismi partecipati, non comporta *ex se* l'obbligo -a carico dell'ente pubblico- del ripiano di dette perdite<sup>17</sup>. L'introduzione della disciplina in esame non ha infatti determinato il venir meno del sistema di limiti individuato dalla stessa giurisprudenza contabile

<sup>16</sup> Sul tema del risanamento, si v. FIMMANÒ, *Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 687.

<sup>17</sup> Si segnalano numerose deliberazioni della Corte dei Conti; si v. Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 5 febbraio 2014, n. 42/2014/PAR; Corte dei Conti, Sez. di controllo per la Regione siciliana, 7 maggio 2014, n. 59/2014/PAR; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per il Piemonte, 21 aprile 2015, n. 99/2015/PRSE; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per l'Abruzzo, 21 ottobre 2015, n. 279/2015/PAR; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Campania, 26 ottobre 2016, n. 333/2016/PAR; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 2 settembre 2016, n. 224/2016/PRSE; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 419/2016/VSG.

con riguardo alla possibilità per gli enti locali di intervenire in ausilio degli organismi partecipati<sup>18</sup>. Invero, pur in presenza di un accantonamento congruo e consistente, la Corte dei conti ha escluso che in via di principio l'Ente possa arbitrariamente svincolare le risorse accantonate nell'apposito fondo, già costituito ai sensi dell'articolo 1, commi 550 e seguenti, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, al fine di utilizzarle, in caso di incapienza della massa attiva, per la copertura del piano di liquidazione della società partecipata o anche per accedere alla procedura di concordato preventivo in base all'articolo 14 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. E' quindi contrastante con la vigente disciplina di contabilità pubblica la tesi del salvataggio obbligatorio degli organismi in condizione di dissesto, che spesso è stata seguita in passato dalle Pubbliche amministrazioni. Le società a partecipazione pubblica, oltretutto, sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Va sottolineato che, ai fini della quantificazione del risultato rilevante per la determinazione del fondo, limitatamente alle società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, per risultato si intende la differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile. Tale speciale disposizione ha suscitato perplessità, poiché la stessa *ratio* della norma appare poco chiara. Si osserva, infatti, che, per una valutazione completa sulla perdita e sulla conseguenziale ricapitalizzazione, deve tenersi conto del risultato complessivo della società e, quindi, non solo di quello operativo. Forse la disposizione intendeva creare un regime di favore per le società summenzionate sul presupposto che il risultato operativo sia sempre migliore di quello netto; si tratta, però, di un presupposto privo di fondamento e, anzi, la presenza di risultati di segno opposto potrebbe avere effetti distorsivi nella stessa quantificazione dell'accantonamento.

Sul piano sanzionatorio, infine, si segnala che l'art. 21 del medesimo decreto legislativo n. 175 del 2016 prevede che: «Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento

<sup>18</sup> Si v. pure BARBAGALLO, *Perdite di gestione e riflessi sul socio pubblico. Gli obblighi di trasparenza*, in IBBA - DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 364; CIERVO, *Il regime delle operazioni finanziarie delle amministrazioni partecipanti e la disciplina speciale per le società partecipate dalle amministrazioni locali*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 573.

del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai fini della revoca degli amministratori». Tale norma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante.

#### 4. I controlli della Corte dei Conti

La verifica sull'osservanza delle disposizioni sull'allineamento contabile, sul bilancio consolidato e sul fondo per le perdite delle società partecipate è demandata alla Corte dei Conti<sup>19</sup> e si iscrive nel sistema dei controlli<sup>20</sup> intestati alla Corte sugli enti territoriali nel quadro di una concezione unitaria della finanza pubblica<sup>21</sup>. Tali controlli sono basati su parametri normativi rappresentati dalle norme finanziarie e da quelle di settore, incluse ovviamente quelle del decreto legislativo n. 175 del 2016, e dalle norme costituzionali, fra cui gli artt. 81, 97 e 119 della Costituzione relativi all'equilibrio di bilancio e al buon andamento.

In particolare, le Sezioni regionali – nell'esercizio del controllo finanziario sulle amministrazioni locali – devono tener conto anche dei risultati degli organismi partecipati<sup>22</sup>. Nell'ambito di tali verifiche la Corte

prende espressamente in considerazione sia la quantificazione degli accantonamenti sul risultato di amministrazione, fra i quali rientra il fondo per le perdite delle società partecipate, sia le questioni concernenti l'allineamento contabile tra gli enti locali e le società.

Se la Corte esprime una valutazione critica sulla gestione finanziaria dell'ente locale per i profili relativi ai rapporti con gli organismi partecipati, l'amministrazione è obbligata ad assumere misure correttive. Secondo l'art. 148-*bis* del decreto legislativo n. 267 del 2000, infatti, qualora le Sezioni regionali della Corte accertino la sussistenza «di squilibri economico-finanziari, della mancata copertura di spese, della violazione di norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria, o del mancato rispetto degli obiettivi posti con il Patto di stabilità interno», gli enti locali devono adottare, entro sessanta giorni dalla comunicazione della delibera di accertamento, «i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio», che vanno tempestivamente trasmessi alla Corte. Quest'ultima, nei successivi trenta giorni, verificherà se gli stessi sono idonei a rimuovere le irregolarità e a ripristinare gli equilibri di bilancio. In caso di mancata trasmissione dei provvedimenti correttivi o di esito negativo della valutazione, «è preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria». È chiaro che il blocco di spesa può riguardare anche i programmi riferiti a rapporti dell'ente locale con le società partecipate.

Qualora le irregolarità esaminate dalla Sezione regionale non siano così gravi da rendere necessaria l'adozione della pronuncia di accertamento prevista dall'art. 148-*bis*, comma 3 del TUEL, la funzione del controllo implica comunque la segnalazione di irregolarità, specialmente se accompagnate da criticità o da difficoltà gestionali, al fine di evitare situazioni di deficitarietà o di squilibrio. L'ente interessato deve pertanto valutare le segnalazioni ricevute e deve disporre interventi idonei.

L'art. 1, commi da 166 a 172, della legge n. 266 del 2005 e l'art. 148-*bis* del decreto legislativo n. 267 del 2000, introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera e), del decreto legge n. 174 del 2012, hanno dunque istituito tipologie di controllo<sup>23</sup> finalizzate a prevenire lo squilibrio finanziario dell'ente territoriale, che può derivare anche dai rapporti finanziari con le società partecipate. Tali controlli – come chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza 5 aprile 2013, n. 60 – sono compatibili con l'autonomia di Regioni, Province e Comuni,

<sup>19</sup> Il Testo Unico sulle società partecipate attribuisce numerose competenze alla Corte dei Conti in materia. In tal senso, occorre annoverare: a) - la comunicazione alla Corte dei conti delle principali scelte organizzative e gestionali in materia, tra cui la costituzione di nuove società (art. 5, d.lgs. n. 175/2016), l'acquisto di partecipazioni in società già costituite (art. 8), la quotazione di società a controllo pubblico nei mercati regolamentati (art. 18); b) - la revisione periodica e straordinaria delle partecipazioni (artt. 20 e 24); c) - gli interventi per la salvaguardia della continuità nella prestazione di servizi pubblici locali e l'eventuale piano di risanamento approvato dall'Autorità di regolazione del settore, (art. 14, comma 5, d.lgs. n. 175 del 2016); d) - la deliberazione del Presidente della Regione di esclusione, totale o parziale, di determinate società dalle prescrizioni dell'art. 4; e) - la deliberazione dell'assemblea della società a controllo pubblico che disponga la composizione collegiale del Consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 11, comma 3, del decreto legislativo n. 175 del 2016.

<sup>20</sup> LUBERTI, *I controlli della Corte dei Conti sulle società pubbliche*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2017, 363; PETTINARI, *Società pubbliche e vincoli finanziari europei e nazionali*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 319; POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti sulle società pubbliche a seguito del Testo Unico*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 513; SIRAGUSA, *Contabilità pubblica - Quadro di riferimento*, in ANZALONE - MACRÌ - SIRAGUSA, *La nuova contabilità delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2015, 22; TESSARO, *L'attività di controllo delle sezioni regionali della Corte dei Conti*, Roma, 2018, 53.

<sup>21</sup> La Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti ha approvato numerosi referti sugli organismi partecipati degli territoriali; si v. Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, 24 novembre 2017, n. 27/2017/FRG; Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, 30 settembre 2016, n. 27/2016/FRG; Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, 22 luglio 2015, n. 24/2015/FRG; Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, 6 giugno 2014, n. 15/2014/FRG.

<sup>22</sup> Sui rapporti tra controllo e giurisdizione della Corte dei Conti,

si v. LONGAVITA, *I rapporti tra funzioni giurisdizionali e funzioni di controllo*, in CANALE - FRENI - SMIRLOLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti*, Milano, 2017, 101.

<sup>23</sup> Sul tema delle competenze delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti, si v. TESSARO, *L'attività di controllo delle sezioni regionali della Corte dei Conti*, Roma, 2018, spec. 94 e ss.

in forza dell'interesse alla legalità costituzionale finanziaria e alla tutela dell'unità economica della Repubblica (artt. 81, 119 e 120 Cost.). Le competenze in questione vanno lette alla luce dell'art. 81 e dell'art. 97 Cost., come modificati dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, che richiamano tutte le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, ad assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

La Corte costituzionale nella sentenza 10 marzo 2014, n. 40 ha affermato che, a fronte di stringenti vincoli europei di finanza pubblica, i controlli della Corte hanno assunto progressivamente caratteri cogenti nei confronti degli enti, proprio per prevenire o contrastare gestioni contabili non corrette, idonee ad alterare l'equilibrio del bilancio (art. 81 Cost.) e a riversare gli effetti negativi sul conto consolidato delle pubbliche amministrazioni, vanificando conseguentemente la funzione di coordinamento dello Stato finalizzata al rispetto degli obblighi europei.

Va aggiunto che gli esiti del controllo finanziario della Corte dei Conti devono essere attentamente considerati dagli enti locali, allorché procedono alla revisione delle partecipazioni societarie<sup>24</sup>; l'art. 20 del decreto legislativo n. 175 del 2016, infatti, stabilisce che le amministrazioni pubbliche devono effettuare annualmente un'analisi della situazione complessiva delle società, in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, e devono predisporre un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione; il piano va trasmesso alla Corte dei Conti<sup>25</sup>. Quest'ultima deve verificare che nella redazione del piano siano stati rispettati i criteri fissati dalla normativa<sup>26</sup>; tale

<sup>24</sup> BARBAGALLO, *La revisione straordinaria e la razionalizzazione periodica delle partecipazioni*, in IBBA - DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018, 375; CENTRONE, *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 1027; CIERVO, *Il regime delle operazioni finanziarie delle amministrazioni partecipanti e la disciplina speciale per le società partecipate dalle amministrazioni locali*, in GAROFOLI - ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 559; FABBIANI, *Società pubbliche non necessarie: obblighi di dismissione e diritto di recesso*, in FIMMANÒ - CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 431; PETTINARI, *I piani di razionalizzazione*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 427.

<sup>25</sup> Fra le numerose deliberazioni della Corte dei Conti sulla revisione delle partecipazioni, si v. Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 419/2016/VSG; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 420/2016/VSG; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 9 febbraio 2017, n. 21/2017/VSG; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 4 dicembre 2017, n. 166/2017/VSG; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per l'Emilia Romagna, 13 marzo 2018, n. 61/2018/VSG.

<sup>26</sup> I piani di razionalizzazione devono essere approvati ove le amministrazioni pubbliche, nell'ambito dell'analisi annuale, rilevano una delle seguenti situazioni: a) partecipazioni societarie che

controllo, dunque, non investe il merito delle scelte ma si concentra sulla motivazione del piano e sui contenuti della relazione tecnica di accompagnamento, così da accertare che l'ente si sia conformato alle prescrizioni normative in ordine ai presupposti della revisione.

Occorre inoltre evidenziare che -ai sensi dell'art. 148 del decreto legislativo n. 267 del 2000- la Corte dei Conti si occupa della verifica dell'adeguatezza del sistema dei controlli interni anche per ciò che attiene ai rapporti tra gli enti locali e le società partecipate<sup>27</sup>. L'art. 148 summenzionato stabilisce che: «Le sezioni regionali della Corte dei conti, con cadenza annuale, nell'ambito del controllo di legittimità e regolarità delle gestioni, verificano il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale. A tale fine, il sindaco, relativamente ai comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, o il presidente della provincia, [...] trasmette annualmente alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti un referto sul sistema dei controlli interni, adottato sulla base delle linee guida deliberate dalla sezione delle autonomie della Corte dei conti e sui controlli effettuati nell'anno [...] In caso di rilevata assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di cui al secondo periodo del comma 1 del presente articolo, [...] le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano agli amministratori responsabili la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione».

La normativa ha progressivamente valorizzato il sistema dei controlli interni, mediante i quali ciascuna Amministrazione effettua il monitoraggio periodico sull'andamento delle società e l'analisi degli eventuali scostamenti rispetto agli obiettivi prefissati. L'art. 147 del decreto legislativo n. 267 del 2000, infatti, impone la creazione di un completo sistema di controlli in-

non rientrino in alcuna delle categorie elencate dall'art. 4 del Testo Unico; b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite dall'articolo 4 del decreto legislativo n. 175 del 2016. Quest'ultima norma dispone che le amministrazioni pubbliche non possono direttamente o indirettamente costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

<sup>27</sup> Si v. TESSARO, *L'attività di controllo delle Sezioni regionali della Corte dei Conti*, cit., 169.

terni, che devono riguardare anche i rapporti con gli organismi partecipati sia sul versante degli equilibri finanziari e dell'acquisizione dei dati per il bilancio consolidato sia su quello dei servizi erogati; è previsto che: «1. Gli enti locali, nell'ambito della loro autonomia normativa e organizzativa, individuano strumenti e metodologie per garantire, attraverso il controllo di regolarità amministrativa e contabile, la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. 2. Il sistema di controllo interno è diretto a: a) verificare, attraverso il controllo di gestione, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, nonché tra risorse impiegate e risultati; b) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, dei programmi e degli altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra i risultati conseguiti e gli obiettivi predefiniti; c) garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione ...anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica determinati dal patto di stabilità interno, ...; d) verificare, attraverso l'affidamento e il controllo dello stato di attuazione di indirizzi e obiettivi gestionali, ..., la redazione del bilancio consolidato .... l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli organismi gestionali esterni dell'ente; e) garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni e interni dell'ente».

Tutto ciò trova poi dettagliata disciplina nell'art. 147 quater del medesimo decreto legislativo n. 267 del 2000 che dispone che l'ente locale deve definire, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di controlli sulle società partecipate non quotate; tali controlli devono essere effettuati dalle strutture proprie dell'ente locale, che ne sono responsabili.

L'amministrazione deve pertanto fissare preventivamente gli obiettivi gestionali di ciascuna società partecipata, secondo parametri qualitativi e quantitativi, e deve organizzare un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica. L'ente locale, pertanto, espleta il monitoraggio periodico sull'andamento delle società non quotate partecipate, analizza gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e individua le opportune azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il suo bilancio, fermo restando l'obbligo del bilancio consolidato.

È evidente che i controlli effettuati dalla Corte ai sensi dell'art. 148 del decreto legislativo n. 267 del

2000 consentono di verificare se effettivamente l'amministrazione si sia dotata di un adeguato sistema di monitoraggio sugli organismi partecipati; qualora tale sistema sia inadeguato o assente, l'ente probabilmente non riuscirà ad esercitare in modo efficace le sue prerogative di socio. Va segnalato che, tuttavia, l'art. 147 quater sopra citato non si applica alle società quotate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

In breve, l'efficace espletamento dei controlli presuppone l'esercizio puntuale di poteri di indirizzo e di controllo sulle società partecipate con particolare attenzione per i loro risultati suscettibili di incidere sugli equilibri finanziari pubblici. L'art. 147-quinquies, comma 3, del decreto legislativo n. 267 del 2000 in tal senso dispone che: «Il controllo sugli equilibri finanziari implica anche la valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell'ente in relazione all'andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni».

La gestione della partecipazione<sup>28</sup> deve essere perciò accompagnata dal diligente esercizio di quei compiti di vigilanza (es. sul corretto funzionamento degli organi, sull'adempimento degli obblighi contrattuali), d'indirizzo (es. attraverso la determinazione degli obiettivi di fondo e delle scelte strategiche) e di controllo (es. sotto l'aspetto dell'analisi economico-finanziaria dei documenti di bilancio) che conseguono dalla natura pubblica del servizio (e delle correlate risorse) e dalla qualità del socio.

È quindi necessario che le Amministrazioni sviluppino apposite strutture interne, che siano capaci di fornire adeguato supporto agli organi di governo nell'esercizio delle attività di loro competenza. L'insufficienza dei sistemi di controllo interno e il compimento di scelte irrazionali possono eventualmente determinare una responsabilità per danno erariale dei pubblici amministratori.

<sup>28</sup> La Corte dei conti ha ripetutamente evidenziato che, già in sede di costituzione di una società o di acquisto della partecipazione, l'Amministrazione pubblica deve attentamente considerare le finalità perseguite; tra le numerose deliberazioni della Corte dei Conti, si v. Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 398/2016/PAR; Corte dei Conti, Sez. di controllo per la Regione siciliana, 7 febbraio 2017, n. 42/2017/PAR; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo il Veneto, 20 febbraio 2017, n. 110/2017/PRSP; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per l'Emilia Romagna, 28 febbraio 2017, n. 30/2017/VSGO; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per l'Emilia Romagna, 14 marzo 2017, n. 43/2017/VSGO; Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per il Piemonte, 27 aprile 2017, n. 48/2017/PAR.

Pasquale Fava

Consigliere della Corte dei conti – Componente delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale

## Funzioni compensative, sanzionatorie e deterrenti nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti: la funzione “*meno che compensativa*” dell’azione risarcitoria pubblicistica da danno alla finanza pubblica e le nuove azioni sanzionatorie speciali

### abstract

*Administrative liability is less than compensatory. In exceptional hypothesis law is allowed to admit special figures of punitive liability which should be sharp and typical. Italian Code of Accounting Justice fixed this difference.*

### keywords

*Remedy – Liability – Administrative – Function – Compensatory – Punitive.*

### abstract

*La funzione della responsabilità amministrativa è meno che compensativa. Eccezionalmente il Legislatore può inserire figure speciali tipiche e tassative di responsabilità sanzionatoria. Il Codice di giustizia contabile ha positivizzato tale differenziazione.*

### parole chiave

*Azione – Responsabilità – Amministrativa – Funzione – Compensativa – Sanzionatoria.*

La questione della natura giuridica delle funzioni dell’azione di responsabilità amministrativa esperita dalle Procure regionali della Corte dei conti è complessa, magmatica e affascinante.

Sin dall’introduzione di tale tipologia di azione<sup>1</sup>, che venne ad accompagnare il rimedio più risalente della responsabilità contabile (dove il giudizio è oggettivo equiparandosi sostanzialmente ad una responsabilità civilistica *ex recepto*), l’identificazione della natura del rimedio apparve controversa<sup>2</sup>.

Per decenni il dibattito, agitato animatamente in sede scientifica e giurisprudenziale, ha oscillato tra i

<sup>1</sup> Art. 81 e 82 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440.

In precedenza art. 51 legge di contabilità generale 22 aprile 1869, n. 5026.

<sup>2</sup> Per la storia dell’azione generale da responsabilità amministrativa P. della Ventura, *La storia della Corte dei conti e il suo inquadramento costituzionale* e V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, entrambi in V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2018; P. Santoro, *L’illecito contabile*, Maggioli, 2006, 15-46; I. DE MARCO, *La Corte dei conti del Regno d’Italia. Ritorno alle origini*, La nuova Mezzina, 2018.

due poli della concezione sanzionatorio-punitiva e quella risarcitorio-compensativa. L’adesione all’una o all’altra tesi presentava, peraltro, ricadute concrete di grande rilievo (si pensi alla identificazione del termine di prescrizione, alla trasmissibilità agli eredi della responsabilità e del debito, etc.). Oggi, pur se su tali aspetti è intervenuto il Legislatore della riforma del 1994<sup>3</sup>, le ricadute concrete del dibattito si avvertono soprattutto nell’applicazione dei nuovi principi sovranazionali sul divieto di *bis in idem* sanzionatorio.

Ciò premesso, non si può non principiare, dalla grande innovazione recata dal Codice di giustizia contabile che, ad avviso della migliore dottrina<sup>4</sup>, ha introdotto una giurisdizione esclusiva e generale della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità amministrativa per danno all’erario (art. 1, comma 1, c.g.c.). La centralità “statistica” dell’azione di responsabilità (che occupa la gran parte del contenzioso attivato dalla Procura regionale) è stata finalmente riconosciuta anche dal Legislatore che, in tal modo, ha superato in *subiecta materia*, il criterio della *interpositio legislatoris* fissato dalla giurisprudenza costituzionale nel regime previgente (connotato, come è noto, da una serie di disposizioni specifiche, sparse ed asistematiche).

Del resto la giurisprudenza contabile aveva già precisato che il rimedio *de quo* avesse un preciso addentellato non solo costituzionale, ma persino eurounitario. L’azione generale di responsabilità amministrativa è strumentale all’attuazione del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione e dell’organizzazione amministrativa (art. 97 Cost.). In ragione dello stretto collegamento del rimedio con gli obiettivi eurounitari

<sup>3</sup> Per una ricognizione sistematica sull’illecito contabile successivamente alla riforma del 1994 F. PASQUALUCCI, E.F. SCHLITZER, *L’evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002; M. ATELLI, *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativa a dieci anni dalle riforme*, Satura ed., Napoli, 2005.

Tra le opere generali sulla responsabilità amministrativa, oltre a quelle già citate, M. OREFICE, *Manuale di contabilità pubblica*, Roma, 2014; per quelle più celebri ma risalenti A. BENATTI, *Manuale di contabilità di Stato*, Jovene, Napoli, 1990; S. BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1969.

<sup>4</sup> V. TENORE, *Op. cit.*, 48.

di contenimento e controllo della spesa pubblica, la giurisprudenza contabile ha sancito che il Legislatore non dispone di alcun potere di riforma *in peius*, essendo preclusa ogni norma che abbia l'effetto di ridurre la soglia di tutela già garantita alla finanza pubblica dalla legislazione vigente (nel celebre caso campano dell'azione da danno all'immagine di portata planetaria derivante dalla mancata attuazione di un corretto ciclo dei rifiuti, anche attraverso la raccolta differenziata, la Sezione campana è pervenuta alla disapplicazione del lodo Bernardo e del formante costituzionale<sup>5</sup> per contrasto con il diritto comunitario dell'ambiente, anche in ragione dell'esistenza di due sentenze della Corte di giustizia di condanna dell'Italia rese all'esito di due procedure di infrazione per mancata attivazione della differenziata nella Regione Campania<sup>6</sup>. Anche la Corte regolatrice ha riconosciuto che l'azione generale di responsabilità è strumento idoneo a tutela anche gli interessi finanziari dell'Unione europea<sup>7</sup>.

Tale conquistata e riconosciuta centralità pone all'interprete la questione della natura giuridica dell'azione intestata alla Procura regionale onde reagire all'illecito contabile invocando la condanna dei soggetti responsabili al pagamento del danno arrecato alla finanza pubblica.

Gli elementi costitutivi dell'illecito contabile sono, sia pure con delle specifiche caratterizzazioni, i medesimi di quello civile (condotta commissiva o omissiva, nesso di causalità, danno; colpa grave o dolo).

In ragione dell'esigenza di tutelare anche il pubblico dipendente, la soglia soggettiva di imputazione è particolarmente rigida, essendo richiesta la colpa grave<sup>8</sup>.

Alla luce della giurisprudenza della Corte regolatrice il danno, poi, non è soltanto elemento costitutivo della responsabilità, ma presupposto di esistenza della giurisdizione contabile (di tal che deve escludersi

la contestabilità di danni ipotetici ed eventuali, evenienza che rende problematica l'esperibilità di azioni di responsabilità amministrativa per ottenere il risarcimento di danni futuri o da perdita di *chance*), non essendo attribuito alla «Corte dei conti in sede giurisdizionale il compito di prevenire danni erariale non ancora prodotti»<sup>9</sup>.

Oggi, nonostante la scarsa chiarezza delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali che continuano a ventilare l'esistenza di una latente funzione sanzionatoria, ad avviso di chi scrive non può esservi più alcun dubbio che la generale azione risarcitoria pubblicistica da danno alla finanza pubblica abbia natura compensativa.

L'azione è preordinata alla compensazione del patrimonio pubblico, limitatamente alle perdite subite dall'Amministrazione. In altri termini la Procura regionale, sulla quale incombe l'onere della prova del danno, può solo limitarsi a chiedere la condanna al pagamento delle perdite effettive subite dall'Amministrazione nella prospettiva del danno emergente, essendo controversa la risarcibilità del lucro cessante, ove esso sia meramente ipotetico, eventuale, futuro ed incerto.

In più spetta al Giudice anche applicare il principio generale della c.d. *compensatio lucri cumdamno*, espressamente positivizzata dalla riforma del 1994, scomputando dal danno risarcibile i vantaggi ottenuti dalla comunità amministrata.

A ciò si aggiunga che la Sezione giurisdizionale ha anche il potere di ridurre l'addebito contestato dalla Procura regionale (facoltà di cui i Collegi si avvalgono raramente anche per non indebolire le statuizioni condannatorie). La funzione dell'azione generale di responsabilità amministrativa è dunque "*meno che compensativa*", ben potendo il Giudice contabile, nella prospettiva della tutela del dipendente pubblico, ridurre il *quantum debeatur*, applicando lo speciale potere riduttivo (prerogativa che non è attribuita al Giudice civile)<sup>10</sup>.

Tale chiave di lettura è stata recepita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella celebre *sentenza Rigolio*<sup>11</sup> la quale ha escluso che possano applicarsi i

<sup>5</sup> C. Cost., 15 dicembre 2010, n. 355.

<sup>6</sup> C. Conti, sez. giur. Campania, 14 ottobre 2013, n. 1349 (in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)).

<sup>7</sup> Cass., sez. un., 10 settembre 2013, n. 20701 («In caso di azione di responsabilità erariale promossa per la restituzione alla Commissione europea dei contributi comunitari erogati in via diretta, l'alveo della giurisdizione del giudice contabile non è limitato, ai sensi dell'art. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, al solo danno arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico nazionale, ma si estende all'intero importo finanziato, attesa l'estensione dell'ambito dell'azione di responsabilità operata dall'art. 1, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, di cui non è consentita una discriminazione applicativa in funzione del carattere sovranazionale dell'amministrazione tutelata ovvero della natura del contributo erogato, dovendosi anzi - in applicazione del principio di assimilazione, in forza del quale gli interessi finanziari europei sono assimilati a quelli nazionali - assicurare, per la tutela dei medesimi beni giuridici, le stesse misure previste dal diritto interno»); in termini Cass., sez. un., 2 dicembre 2013, n. 26935; Cass., sez. un., 27 gennaio 2016, n. 1515.

<sup>8</sup> Criterio di imputazione dichiarato costituzionalmente legittimo dalla c.d. "*sentenza Vari*" (C. cost., C.cost., 20 novembre 1998, n. 371).

<sup>9</sup> Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092; in termini C. conti, sez. giur. Campania, ord. 7 marzo 2016, n. 63, che ha dichiarato improponibile per difetto assoluto giurisdizione un ricorso ex art. 700 c.p.c.

<sup>10</sup> Circa i rapporti tra l'azione generale di responsabilità amministrativa e quella risarcitoria civilistica proposta in sede penale attraverso la costituzione di parte civile dell'Amministrazione, la Corte costituzionale (C. cost., 13 luglio 2007, n. 272) ha affermato che il Giudice penale deve limitarsi ad accertare la sussistenza del danno erariale (*an debeatur*), demandando al Giudice contabile la determinazione del *quantum debeatur* ex art. 538 c.p.p., così ammettendo il concorso tra rimedi giuridici nella prospettiva della migliore e più efficace tutela dell'erario.

<sup>11</sup> Corte EDU, 13 maggio 2014, ric. 20148/09 - *Rigolio c. Italia* («38. À la lumière de ce qui précède, la Cour considère que la procédure devant les sections régionale et centrale de la Cour des comptes ne portait pas sur une « accusation en matière pénale

principi CEDU sul giudizio penale al processo presso la Corte dei conti avente ad oggetto la richiesta di condanna del pubblico dipendente per danno erariale, con la conseguenza che, con riguardo all'azione risarcitoria pubblicistica per danno alla finanza pubblica, non potrà mai porsi una questione di *bis in idem*.

Potrà al più dibattersi – come fanno in tanti – in ordine al se l'azione da responsabilità amministrativa debba essere ricondotta all'area dell'illecito extracontrattuale, contrattuale o da “contatto sociale”, ma ad avviso di chi scrive, tale diatriba è alquanto sterile, essendo l'illecito contabile un istituto giuridico sostanzialmente e processualmente autonomo, il cui regime giuridico deve oramai essere ricostruito dall'interprete alla luce della copiosa e completa legislazione che lo disciplina minuziosamente.

Di funzione “sanzionatoria” con riguardo all'azione di responsabilità amministrativa potrà parlarsi solo in senso atecnico, laddove si considerino le conseguenze riparatorie, per equivalente pecuniario, derivanti dalla commissione dell'illecito. Non quindi in senso punitivo puro, ovverosia escludendo l'ammissibilità di una statuizione di condanna al pagamento di somme di denaro la cui quantificazione sopravanza la misura del pregiudizio arrecato al soggetto danneggiato.

La funzione compensativa poi è ontologicamente compatibile con quella deterrente, cui pacificamente assolve il rimedio *de quo*.

La funzione deterrente, a livello di teoria generale, può concorrere sia con la funzione compensativa che con quella sanzionatoria (finalità, queste ultime, che invece sono tra loro ontologicamente in frizione).

Tale idea è suffragata dalle più recenti linee di politica legislativa intervenute sul diritto contabile sostanziale e processuale<sup>12</sup>.

Il Legislatore, dopo aver chiaramente differenziato lustri or sono, l'azione generale di responsabilità amministrativa da quella contabile, ha oggi parimenti fissato una chiara cesura tra il primo rimedio giuridico e le c.d. azioni sanzionatorie.

Ciò traspare in tutta la sua evidenza plastica nell'art. 1 c.g.c.: il primo comma menziona, tra l'altro, l'azione di responsabilità amministrativa, il secondo

» dirigée contre le requérant sans de l'article 6 de la Convention (voir, mutatis mutandis, *Inocêncio c. Portugal* (déc.), no 43862/98, CEDH 2001–I). Elle estime donc que le paragraphe 3 de cette disposition, invoqué par l'intéressé, ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce. 39. La Cour considère en revanche que, à la lumière de ses conséquences patrimoniales et de sa nature compensatoire, la procédure litigieuse avait pour objet une « contestation sur [l]es droits et obligations de caractère civil » durequérant. Dès lors, elle estime que l'article 6 § 1 de la Convention s'applique sous son volet civil».

<sup>12</sup> Sul nuovo processo contabile A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2017, 547-590.

Tra le opere generali anteriori alla Codificazione O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, Padova, CEDAM, 1997; F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2007.

comma richiama, tra l'altro, i giudizi aventi ad oggetto l'irrogazione di sanzioni pecuniarie. Entrambi i rimedi sono attribuiti alla giurisdizione contabile ma mentre il primo processo viene governato dalla disciplina generale sul rito ordinario, il secondo riceve una regolazione specifica (art. 133-136 c.g.c.<sup>13</sup>).

La Legislazione negli ultimi decenni ha introdotto figure specifiche di c.d. responsabilità sanzionatoria in base alle quali è stato attribuito alla Corte dei conti il compito di irrogare sanzioni pecuniarie in presenza della commissione di gravi fatti (si pensi alla violazione della c.d. *goldenrule*, alla responsabilità da dissesto finanziario, all'artificiosa rappresentazione dei dati contabili in elusione delle regole del patto di stabilità interno, alla responsabilità per danno all'immagine dipendente da fatti di assenteismo).

È inequivoco il carico punitivo queste nuove fattispecie di responsabilità sanzionatoria, non confondibili con quella generale compensativa, anche se talvolta i rimedi possono concorrere ed essere interferenti (si pensi al collegamento tra la responsabilità amministrativa generale e le sanzioni da dissesto<sup>14</sup>; e, ancora, al concorso tra danno patrimoniale dipendente dalla indebita percezione della retribuzione a vuoto e il pregiudizio all'immagine derivante dall'assenteismo<sup>15</sup>).

In tali ipotesi è chiaro che, trattandosi di sanzione, dovranno applicarsi, accanto ai principi costituzionali previsti dall'art. 23 Cost., quelli europei sul *ne bis in idem* sanzionatorio sanciti non solo dalla Carta europea dei diritti dell'uomo, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Dal punto di vista del rispetto dei parametri costituzionali in materia di norme sanzionatorie si è osservato che, a differenza dell'azione generale da responsabilità amministrativa (improntata al principio dell'atipicità dell'illecito e strutturata come fattispecie causalmente orientata alla produzione di un danno<sup>16</sup>), le norme sanzionatorie speciali devono essere tipiche, tassative e determinate, dal punto di vista del precetto

<sup>13</sup> Sui c.d. giudizi sanzionatori contabili si veda la profonda analisi di F.M. LONGAVITA, *Il rito relativo a fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria*, in A. Canale, F. Freni, M. Smirardo, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2017, 547-590.

<sup>14</sup> C. conti, sez. giur. Campania, 17 aprile 2013, n. 547 e n. 548 (secondo cui la comminatoria della sanzione di cui all'art. 248, comma 5, d.lgs. 267/2000 «presuppone la prospettazione ed asseverazione di uno stretto nesso eziologico tra la fattispecie dannosa e il dissesto finanziario»).

<sup>15</sup> C. conti, sez. giur. Umbria, 9 ottobre 2018, n. 76.

<sup>16</sup> Tali caratteristiche hanno consentito all'azione generale di responsabilità amministrativa di raggiungere uno sviluppo sempre più vistoso, sino a raggiungere anche l'area delle società a partecipazione pubblica, ambito in relazione al quale è però intervenuto il Legislatore con risultati non sempre efficienti in una prospettiva di tutela della finanza pubblica. Sulle società pubbliche cfr. l'imponente opera di F. Fimmanò, *Le società pubbliche*, Universitas Marcatorum Press, Roma, 2017.

e della sanzione, dovendosi predeterminare la misura sanzionatoria pecuniaria tra un minimo ed un massimo edittale, con precisa indicazione dei criteri in base ai quali pervenire al giudizio definitivo sul *quantum sanzionatorio*.

È noto, tuttavia, che l'intransigente posizione della Corte di Strasburgo (culminata nella celebre decisione *Grande Stevens*<sup>17</sup>) è stata superata nella sentenza *A e B contro Norvegia*<sup>18</sup>, sentenza nella quale i criteri *Engel*<sup>19</sup> sono stati reinterpretati con visione più aperta e possibilista verso il "cumulo sanzionatorio", accedendosi poi, anche attraverso tre sentenze gemelle della Corte di giustizia<sup>20</sup>, al criterio del "cumulo sanzionatorio", a certe condizioni ed entro limiti precisi. In altri termini, in caso di concorrenza di sanzioni aventi natura sostanzialmente penale, compete al Giudice nazionale verificare, indipendentemente dalla qualificazione legislativa interna, se la complessiva risposta sanzionatoria data all'illecito dall'ordinamento interno sia o meno proporzionata al caso concreto (C. cost., 24 gennaio 2018, n. 43).

Tale criterio è stato applicato di recente dalla giurisprudenza contabile con riguardo alla fattispecie sanzionatoria del danno all'immagine dipendente dall'assenteismo fraudolento. Qui la Sezione umbra ha sollevato questione di legittimità costituzionale deducendo, accanto all'eccesso di delega, l'incostituzionalità sostanziale derivante da un eccessivo e sproporzionato carico sanzionatorio gravante sul pubblico dipendente assenteista.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale del sistema della responsabilità amministrativa si è oramai assestata, verso una tutela ampia, piena e completa, degli interessi finanziari della Repubblica italiana e dell'Unione europea, sostanzialmente ed ontologicamente rappresentanti l'interesse della collettività europea e italiana, ad una gestione corretta, trasparente, efficiente delle risorse pubbliche derivanti dai contributi, fiscali e non, versati dai cittadini e dalle imprese europee. Tale tutela è perseguita, dopo l'ingresso dell'azione generale di responsabilità amministrativa (unitamente ai rimedi generali a tutela del credito erariale: azione revocatoria<sup>21</sup>, surrogatoria e sequestro conservativo) accanto a quella più risalente di responsabilità contabile, con l'eromperne di nuove e sempre

più diffuse ipotesi di responsabilità sanzionatoria. Trattasi di rimedi che possono concorrere tra loro, in modo da avere un unico processo fondato su più titoli, fermo restando che, di norma, mentre la responsabilità contabile e quella amministrativa convergono verso la condanna nella misura massima del danno arrecato, il rimedio sanzionatorio può cumularsi alla condanna compensativa, fermo restando il rispetto del principio della verifica di proporzionalità del carico sanzionatorio complessivo (sempre che vi sia un concorso di una fattispecie sanzionatoria contabile tipica con eventuali sanzioni penali, amministrative, disciplinari, etc., tutte "sostanzialmente penali").

La descritta evoluzione del sistema contabile non è equiparabile a quella registratasi nell'area della responsabilità civile. Qui dopo una lunga evoluzione bi-millennaria, che ha portato alla marginalizzazione della originaria venatura criminale e punitiva, con autonomizzazione dell'illecito civile da quello penale, le recenti linee di politica legislativa e gli stimoli derivanti dall'ingresso dei verdetti punitivi statunitensi, hanno condotto le Sezioni unite<sup>22</sup> ad un ripensamento delle funzioni civilistiche dell'azione generale di responsabilità.

Nel caso dell'azione generale di responsabilità amministrativa, invece, la funzione compensativa risulta rinvigorita dalla riforma del 1994 e dal Codice di giustizia contabile, atteso che si è pervenuti, con la nuova disciplina del processo contabile, ad autonomizzare il rito dei giudizi sanzionatori, onde corroborare la descritta visione "*meno che compensativa*" dell'azione risarcitoria da danno alla finanza pubblica.

<sup>17</sup> CEDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri contro Italia*, ric. 18640/09.

<sup>18</sup> CEDU, Grande camera, 15 novembre 2016, *A e B contro Norvegia*, ric. 24130/11 e 29758/11.

<sup>19</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Paesi Bassi*.

<sup>20</sup> C. giust., Grande sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*.

<sup>21</sup> È nota la recente presa di posizione della Cass., sez. un., 19 luglio 2016, n. 14792, che ha affermato la co-legittimazione della Procura regionale e dell'Amministrazione danneggiata con riguardo all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria e contabile a fini di tutela del credito erariale.

<sup>22</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601.

Per l'inquadramento storico-sistematico e comparato della funzione sanzionatoria dell'illecito civile e dei c.d. "risarcimenti punitivi" sia consentito rinviare a P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema della responsabilità civile verso la European Civil Law*, in Id., *La responsabilità civile (trattato teorico-pratico)*, II Ed., Milano, Giuffrè, 2018 (in particolare la Sezione VIII, *Le funzioni sanzionatorie e compensative a confronto*, pag. 217-277).

## Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA ..... 168  
a cura di Celeste Pesce, Francesco Romanelli

INTERNAZIONALE



a cura di

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Francesco Romanelli

Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

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

**Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia civile – Competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale – Regolamenti (CE) n. 44/2001 e (CE) n. 1346/2000 – Rispettivi ambiti di applicazione – Fallimento di un ufficiale giudiziario – Azione proposta dal curatore fallimentare incaricato dell'amministrazione e della liquidazione del fallimento**

*L'articolo 1, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettera b), del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che un'azione, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, avente ad oggetto una domanda di risarcimento danni per responsabilità da fatto illecito, esercitata dal curatore nell'ambito di una procedura di insolvenza e il cui ricavato va a beneficio, in caso di successo, della massa dei creditori, rientra nella nozione di «materia civile e commerciale», ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo sopra citato, e ricade, pertanto, nell'ambito di applicazione rationemateriae di detto regolamento.*

CGUE, Prima Sezione, causa C535/17, sentenza del 6 febbraio 2019

La sentenza muove le mosse da un'azione risarcitoria spiccata dal curatore del fallimento<sup>1</sup> di una società unipersonale di diritto olandese, creata per la gestione della propria attività da un ufficiale giudiziario olandese. PI era ufficiale giudiziario a Beek (nei Paesi Bassi) dal 2002 sino alla sua rimozione dall'incarico. A partire dal 2002, PI è stato titolare di un conto corrente presso la convenuta nel giudizio principale, una banca costituita secondo il diritto belga. Tale conto corrente si trovava in Belgio e veniva utilizzato dall'ufficio di PI per incassare i pagamenti di debitori belgi. Nel 2006 PI ha costituito una società a responsabilità limitata di cui era il socio unico e l'amministratore unico. Con la costituzione della società, è stato conferito nel capitale di detta società il patrimonio afferente all'attività di ufficiale giudiziario, sino ad allora esercitata da PI come impresa individuale, compreso il conto corrente presso la banca belga. Per l'attività di ufficiale giudiziario la società era inoltre titolare di un conto a favore di terzi presso una banca olandese. Su tale conto erano depositati importi di circa 200 clienti della società. Tra il 23 e il 26 settembre 2008 PI ha trasferito tramite Internet un importo totale di EUR 550 000 dal conto a favore di terzi presso la banca olandese al conto corrente presso la banca belga. Il 1° e il 3 ottobre 2008 PI ha prelevato dal conto corrente presso la banca in Belgio un importo totale di € 550.000 in contanti.

Il 16 dicembre 2008 PI è stato rimosso dall'incarico per appropriazione indebita delle somme a lui affidate. Per tale motivo è stato successivamente condannato a una pena detentiva. Il 23 giugno 2009 la PI BV è stata dichiarata fallita. Il 2 marzo 2010 PI è stato dichiarato personalmente fallito<sup>2</sup>.

Nell'ambito della procedura fallimentare, il liquidatore giudiziale ha proposto azione di risarcimento del danno nei confronti della banca belga per aver, collaborato senza riserve ai prelievi in contanti effettuati dall'ufficiale giudiziario, violando i suoi obblighi di legge, avendo causato un danno ai creditori della massa dei due fallimenti.

L'azione è stata promossa dinanzi al Tribunale distrettuale di Maastricht in Olanda. Costituitasi la banca ha

<sup>1</sup> In questo commento i termini curatore del fallimento e liquidatore giudiziale sono considerati sinonimi.

<sup>2</sup> È interessante evidenziare la velocità di reazione dell'ordinamento all'illecito dell'ufficiale giudiziario.

eccepito l'incompetenza territoriale del giudice dei Paesi Bassi. Il Tribunale ha accolto la domanda risarcitoria dichiarandosi competente, condannando la banca al pagamento della somma di € 550.000 a favore dei fallimenti. La Corte di appello cui si è rivolta la banca ha affermato di non potersi pronunciare nuovamente sulla competenza essendosi già espressa sul punto con una precedente sentenza interlocutoria, benché decisioni della CGUE pubblicate nelle more deponessero a favore della tesi della banca secondo cui la decisione contenuta nella sentenza interlocutoria del 4 giugno 2013 del Tribunale di Maastricht fosse errata. Pertanto, il giudice di secondo grado ha deciso di autorizzare un ricorso per cassazione incidentale su tale punto.

La Corte d'appello ha altresì dichiarato che al danno avvenuto prima dell'entrata in vigore del regolamento Roma II, l'11 gennaio 2009, si dovesse applicare la *Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad* (legge sul conflitto di leggi in materia di fatti illeciti; in prosieguo la «WCOD») dell'11 aprile 2001. Ai sensi dell'articolo 3 della WCOD si sarebbe dovuto statuire sulla domanda in base al diritto belga, in quanto gli atti della banca erano stati commessi in Belgio.

Il giudice di secondo grado ha dichiarato inoltre che la questione se un curatore sia competente a promuovere un tipo specifico di azione, come l'azione PeetersGatzen, deve essere risolta sulla base della legge che disciplina il fallimento<sup>3</sup> e dunque secondo il diritto olandese, ai sensi del quale un curatore può avviare l'azione risarcitoria nei confronti di un terzo, cd. «Peeters/Gatzen», il cui principio è stato sancito dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi), con una sentenza del 14 gennaio 1983. In forza di detto principio, in determinate circostanze il curatore può intentare un'azione di risarcimento danni per responsabilità da fatto illecito nei confronti di un terzo che abbia partecipato alla realizzazione del danno subito dalla massa dei creditori, quand'anche il fallito non disponesse di un'azione siffatta. Secondo tale giurisprudenza, il ricavato di detta azione proposta dal curatore nell'interesse dell'insieme dei creditori entra a far parte della massa.

Il curatore ha proposto ricorso per cassazione dinanzi alla Corte Suprema olandese avverso la sentenza interlocutoria del giudice di secondo grado del 16 febbraio 2016. Il curatore ha sostenuto che, in base all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento sulle procedure d'insolvenza, il giudice di secondo grado avrebbe dovuto dichiarare che l'azione PeetersGatzen doveva essere ritenuta un «effetto della procedura d'insolvenza» e che pertanto a essa si applicava la *lex fori concursus* (vale a dire, il diritto olandese). La banca belga ha proposto a sua volta ricorso incidentale. Essa ha sostenuto che il giudice di secondo grado non ha tenuto conto del fatto che l'azione promossa dal curatore è disciplinata dal regolamento Bruxelles I e non dal regolamento sulle procedure di insolvenza. L'azione cd. PeetersGatzen non rientrerebbe nella deroga contemplata all'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), del regolamento Bruxelles I, dato che detta azione è fondata sulle norme comuni del diritto civile e dunque non deriva direttamente dalle disposizioni derogatorie proprie delle procedure di insolvenza.

Lo Hoge Raad der Nederlanden ha quindi sottoposto i seguenti quesiti alla Corte di Giustizia: «1) Se un'azione di risarcimento del danno, che sia stata avviata dal curatore nei confronti di un terzo – in forza dell'incarico, ad esso affidato dall'articolo 68, paragrafo 1, *Faillissementswet*<sup>4</sup>, di gestire e liquidare la massa fallimentare a nome dell'insieme dei creditori del fallito –, in quanto siffatto terzo ha agito illecitamente nei confronti di tutti i creditori, e il ricavato della quale, in caso di accoglimento della domanda, andrà a beneficio della massa fallimentare, rientri nell'esclusione di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 44/2001. 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, e qualora dunque siffatta azione rientri nell'ambito di applicazione del regolamento n. 1346/2000, se detta azione sia regolata dal diritto dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura d'insolvenza, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, di detto regolamento, sia per quanto riguarda la competenza del curatore ad avviare l'azione, sia sotto il profilo del diritto sostanziale ad essa applicabile. 3) In caso di risposta affermativa alla seconda questione, se il giudice dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura d'insolvenza debba tenere conto, eventualmente per analogia: a) di quanto disposto dall'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, nel senso che la parte convenuta può opporsi ad un'azione, promossa dal curatore a favore della massa dei creditori, provando che il suo atto non determinerebbe la sua responsabilità, nel caso in cui esso fosse valutato ai sensi del diritto che sarebbe applicabile all'azione se la suddetta parte fosse stata convenuta per atto illecito non dal curatore, ma da un singolo creditore; b) di quanto disposto dall'articolo 17 del regolamento n. 864/2007, in combinato disposto con l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, ossia delle norme di sicurezza e di condotta vigenti nel luogo dell'asserito atto illecito, come le norme di condotta in materia finanziaria vigenti per le banche».

La Corte ha quindi ritenuto, sulla prima questione, se cioè l'azione risarcitoria promossa dal curatore rientrasse nella materia civile e commerciale di cui al Regolamento 1346/2000 che esso ed il regolamento n. 44/2001 devono essere interpretati in modo da evitare qualsiasi sovrapposizione tra le norme giuridiche stabilite da tali

<sup>3</sup> Art. 4, par. 2, lettera c), del regolamento UE 1346/2000.

<sup>4</sup> Legge fallimentare olandese del 30 settembre 1893.

testi, nonché qualsiasi vuoto giuridico. Pertanto, le azioni escluse dall'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), di quest'ultimo, in quanto rientranti tra «i fallimenti, i concordati e le procedure affini», ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento n. 1346/2000. All'inverso, le azioni che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1346/2000 ricadono in quello del regolamento n. 44/2001<sup>5</sup>.

La Corte ha quindi ricordato la propria giurisprudenza secondo cui solo le azioni che scaturiscono direttamente da una procedura di insolvenza e che sono a questa strettamente connesse sono escluse dall'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles e, successivamente, del regolamento n. 44/2001<sup>6</sup>. Di conseguenza, solo tali azioni, così caratterizzate, rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento n. 1346/2000<sup>7</sup>.

Occorre quindi ricordare, per stabilire se un'azione scaturisca direttamente da una procedura di insolvenza, che l'elemento determinante per identificare l'ambito in cui rientra un'azione non è il contesto procedurale nel quale quest'ultima si inserisce, bensì il fondamento giuridico dell'azione stessa. Secondo tale approccio, occorre verificare se il diritto o l'obbligo che serve quale base dell'azione trovi la propria fonte nelle norme comuni del diritto civile e commerciale oppure in norme derogatorie, specifiche delle procedure di insolvenza<sup>8</sup>. La Corte ha osservato che il fatto che un'azione sia esercitata dal curatore fallimentare e che egli agisca nell'interesse dei creditori non modifica sostanzialmente la natura dell'azione stessa, che è indipendente da una procedura di insolvenza e che continua ad essere soggetta, quanto al merito, a norme di diritto comune<sup>9</sup>.

L'analisi da compiere dovrà quindi verificare se l'azione proposta sia caratterizzata dalla esclusiva legittimazione del curatore fallimentare nell'interesse del ceto creditorio nell'ambito del mandato legale di amministrazione e liquidazione della massa fallimentare; dall'inserimento del ricavato di tale azione, nel caso in cui la domanda sia accolta, nell'attivo fallimentare a beneficio dell'insieme dei creditori; dalla circostanza che non occorra esaminare la posizione individuale di ciascuno dei creditori interessati e che il terzo nei confronti del quale l'azione è diretta non possa opporre al curatore fallimentare eccezioni sollevabili nei confronti di ciascuno dei creditori individualmente considerati.

I giudici europei hanno ritenuto che l'azione proposta dal curatore fallimentare nei confronti della banca è un'azione per responsabilità da fatto illecito al fine di ottenerne la condanna in base a un preteso inadempimento dei suoi obblighi in materia di vigilanza, i quali avrebbero dovuto portarla a rifiutare i prelievi in contanti operati dal fallito fino all'importo di EUR 550 000, i quali sono stati, secondo il curatore, all'origine di un danno causato ai creditori.

La Corte ha quindi affermato che, in base a tali elementi, l'azione di cui al procedimento principale risulta avere il proprio fondamento nelle norme comuni di diritto civile e commerciale e non già in norme derogatorie, specifiche della procedura di insolvenza.

Anche se è innegabile l'esistenza di un nesso con la procedura di insolvenza, poiché si tratta di un'azione intentata dal curatore fallimentare nell'interesse dei creditori, ciò non toglie che, come risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte, tale azione può essere proposta dai creditori individualmente, prima, durante o dopo lo svolgimento della procedura di insolvenza.

Deriva da tali circostanze, secondo la Corte europea che un'azione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, da un lato, può essere proposta dal creditore stesso, in modo tale che essa non rientra nella competenza esclusiva del curatore fallimentare, e, dall'altro, è indipendente dall'apertura di una procedura di insolvenza, non può essere considerata come una conseguenza diretta e indissociabile di una procedura del genere.

In conclusione, la Corte ha quindi ritenuto che l'azione proposta dal liquidatore giudiziale nel procedimento principale trovi il suo fondamento non già in norme derogatorie, specifiche delle procedure di insolvenza, bensì, al contrario, in norme comuni del diritto civile e commerciale e, di conseguenza, non si ponga al di fuori dell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001.

Occorre evidenziare che la Corte, con la sentenza che qui si commenta, ha superato le incertezze preesistenti rilevate dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni. L'espressione «derivare direttamente dalla procedura di

<sup>5</sup> CGUE 9 novembre 2017, C641/16, Tünkers France e Tünkers Maschinenbau, EU:C:2017:847, punto 17.

<sup>6</sup> CGUE 22 febbraio 1979, Gourdain, 133/78, EU:C:1979:49, punto 4: «per quanto riguarda i fallimenti, i concordati e gli altri procedimenti affini che sono procedimenti basati, secondo le varie legislazioni delle parti contraenti, sullo stato di cessazione dei pagamenti, sull'insolvenza o sul venir meno del credito del debitore implicanti l'intervento dell'autorità giudiziaria che si risolve nella liquidazione forzata e collettiva dei beni o, quanto meno, nel controllo da parte di dette autorità, perché le decisioni che si riferiscono al fallimento siano escluse dal campo di applicazione della convenzione occorre che esse derivino direttamente dal fallimento e si inseriscano strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata, così caratterizzato»; CGUE 19 aprile 2012, FTex, C213/10, EU:C:2012:215, punti 22 e 24.

<sup>7</sup> CGUE 4 settembre 2014, Nickel & Goeldner Spedition, C157/13, EU:C:2014:2145, punto 23.

<sup>8</sup> CGUE 20 dicembre 2017, Valach e a., C649/16, EU:C:2017:986, punto 29.

<sup>9</sup> CGUE 10 settembre 2009, German Graphics Graphische Maschinen, C292/08, EU:C:2009:544, punti 31 e 33, nonché CGUE 4 settembre 2014, Nickel & Goeldner Spedition, C157/13, EU:C:2014:2145, punto 29, cit.

insolvenza e le siano strettamente connesse<sup>10</sup> contenuta sia nelle Convenzioni di Bruxelles sia nei regolamenti 44/2001 e 1346/2000 è di per sé di non univoca interpretazione: il significato della prima parte di essa sembra passare dalla valutazione di un *collegamento diretto* (giungendo così, in effetti, pericolosamente vicino alla fusione con la seconda condizione) all'analisi della *base giuridica* dell'azione (nel senso della causa dell'azione sottostante). L'essere «strettamente connesso» a una procedura di insolvenza indica una sorta di verifica di prosimità, sebbene non sia del tutto chiaro quali siano le circostanze da prendere in considerazione per valutare se tale stretta connessione sussista o meno in un determinato caso.

Tale incertezza è ulteriormente accentuata dalla mancanza di chiarezza riguardo al nesso logico tra questi due criteri, che fa sorgere dubbi riguardo al fatto che possano realmente esistere due diverse condizioni. L'uso di «e» quale congiunzione grammaticale sarebbe indicativa di una congiunzione anche in senso logico: l'intera enunciazione sarà vera se, e solo se, siano rispettati entrambi i singoli enunciati.

Peraltro, la giurisprudenza della Corte sulla questione ha seguito diversi orientamenti: in alcune cause la Corte ha dichiarato che quando uno dei criteri non è presente, non è necessario esaminare l'altro<sup>11</sup>; in altre cause il fatto che uno dei criteri della verifica non fosse soddisfatto non ha impedito alla Corte di esaminare l'altro<sup>12</sup>. In altri casi ancora la Corte ha selezionato un criterio ritenuto decisivo e ha dichiarato che esso prevaleva sull'altro<sup>13</sup>. Più di recente, la Corte ha dichiarato che *sia* la base giuridica *che* l'intensità del nesso esistente costituiscono criteri *determinanti*: il primo per l'analisi della prima condizione (se l'azione derivi direttamente dalla procedura di insolvenza) e il secondo per la valutazione della seconda condizione (se l'azione sia strettamente connessa a tale procedura)<sup>14</sup>. In conclusione, secondo l'ultimo orientamento della Corte, confermato dalla sentenza in commento, il criterio *determinante* sarebbe quindi collegato alla prima parte della verifica, ossia se la base giuridica dell'azione derivi direttamente dalle norme in materia di insolvenza. La seconda condizione della verifica fungerebbe piuttosto da strumento di controllo del risultato raggiunto in base alla prima parte, ma non come un vero e proprio criterio a sé stante.

**Rinvio pregiudiziale – Protezione dei consumatori – Direttiva 2011/83/UE – Contratti a distanza – Articolo 6, paragrafo 1, lettera h) – Obbligo di informazione sul diritto di recesso – Articolo 8, paragrafo 4 – Contratto concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni – Nozione di «spazio o (...) tempo limitato per visualizzare le informazioni» – Opuscolo incluso in un periodico – Cartolina postale di ordine contenente un collegamento ipertestuale che rinvia alle informazioni sul diritto di recesso**

*La valutazione della questione se, in un caso concreto, il mezzo di comunicazione consenta uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dev'essere effettuata tenendo conto dell'insieme delle caratteristiche tecniche della comunicazione commerciale del professionista. Al riguardo, spetta al giudice nazionale verificare se, in considerazione dello spazio e del tempo occupati dalla comunicazione e delle dimensioni minime del carattere tipografico che sarebbero appropriate per un consumatore medio destinatario di tale comunicazione, tutte le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva possano essere oggettivamente presentate nell'ambito di detta comunicazione.*

*L'articolo 6, paragrafo 1, lettera h), e l'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2011/83 devono essere interpretati nel senso che, nel caso in cui il contratto sia concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato di visualizzazione delle informazioni e qualora sussista il diritto di recesso, il professionista è tenuto a fornire al consumatore, sul mezzo in questione e prima della conclusione del contratto, le informazioni relative alle condizioni, al termine e alle modalità di esercizio di detto diritto. In un caso del genere, tale professionista deve fornire al consumatore il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B, della suddetta direttiva attraverso un'altra fonte, in un linguaggio semplice e comprensibile.*

CGUE, Terza Sezione, causa C430/17, sentenza del 23 gennaio 2019,

<sup>10</sup> Riguardo alla disposizione equivalente della Convenzione di Bruxelles, ossia l'articolo 1, secondo comma, punto 2, CGCE 22 febbraio 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, punto 4), e del 12 febbraio 2009, Seagon (C339/07, EU:C:2009:83, punto 19). Sul regolamento Bruxelles I, v. CGUE 19 aprile 2012, FTex(C213/10, EU:C:2012:215, punto 29); del 4 settembre 2014, Nickel & GoeldnerSpedition (C157/13, EU:C:2014:2145, punto 23), e dell'11 giugno 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e a. (C649/13, EU:C:2015:384, punto 27). Sul regolamento Bruxelles I bis, v. sentenza del 20 dicembre 2017, Valach e a. (C649/16, EU:C:2017:986, punto 26).

<sup>11</sup> CGUE 19 aprile 2012, FTex, C213/10, EU:C:2012:215, punti 47 e 48.

<sup>12</sup> CGUE 9 novembre 2017, Tünkers France e TünkersMaschinenbau, C641/16, EU:C:2017:847, punti 22, 27 e 28.

<sup>13</sup> CGUE 2 luglio 2009, SCT Industri, C111/08, EU:C:2009:419, punti 21 e 25.

<sup>14</sup> CGUE 20 dicembre 2017, Valach e a., C649/16, EU:C:2017:986, punti 29 e 37.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera h), e dell'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (in seguito: direttiva).

La domanda ha origine da una controversia tra la Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG, società di diritto tedesco, e la *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V.*, associazione per la lotta contro le pratiche commerciali sleali (in prosieguo: la «Zentrale»), in merito all'informazione relativa al diritto di recesso del consumatore che figura nella pubblicità realizzata da tale società sotto forma di un opuscolo pubblicitario allegato a vari giornali e riviste.

Nel 2014 la Walbusch Walter Busch diffondeva un opuscolo pubblicitario che conteneva un buono d'ordine in forma di cartolina postale staccabile. Il diritto di recesso era segnalato sia sul lato anteriore sia sul lato posteriore della medesima unitamente al numero di telefono e di fax, all'indirizzo Internet e postale della Walbusch Walter Busch. Sul sito Internet indicato, sotto la voce «AGB» (Condizioni generali di contratto), erano riportate le istruzioni relative al recesso e al modulo tipo di recesso.

La Zentrale contestava la correttezza dell'opuscolo in questione per assenza di adeguate informazioni in merito al diritto di recesso del consumatore e per mancanza, in allegato, del modulo tipo di recesso. La Zentrale investiva quindi il *Landgericht Wuppertal* (Tribunale del Land, Wuppertal, Germania) di una domanda di cessazione della pubblicazione dell'opuscolo.

Il *Landgericht Wuppertal* (Tribunale del Land di Wuppertal) accoglieva tale domanda, ma la decisione emessa da tale giudice veniva parzialmente riformata dall'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania). La Walbusch Walter Busch proponeva un ricorso per cassazione (*Revision*) avverso la sentenza dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) dinanzi al *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia, Germania).

Il giudice del rinvio afferma che, sebbene la cartolina postale facente parte dell'opuscolo di cui trattasi faccia riferimento, sul lato anteriore e posteriore, all'esistenza di un diritto di recesso previsto dalla legge, l'opuscolo è privo di qualunque indicazione relativa alle condizioni, al termine e alle modalità di esercizio di detto diritto e non contiene alcun modulo tipo di recesso.

In proposito, secondo il giudice del rinvio, si potrebbero adottare due diversi approcci riguardo all'interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2011/83 per quanto concerne la portata dell'obbligo di informazione del consumatore in caso di ricorso a un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni.

Secondo un primo approccio, detta disposizione si applicherebbe qualora il mezzo di comunicazione a distanza consenta per sua natura, astrattamente, uno spazio o un tempo limitato. Pertanto, i cataloghi e gli opuscoli dovrebbero sempre riportare tutte le indicazioni in merito al diritto di recesso, mentre, per un'inserzione su un quotidiano o un volantino in formato cartolina che consentano di inoltrare un ordine, sarebbe sufficiente la mera indicazione della sussistenza del diritto di recesso.

In base a un secondo approccio, sarebbe decisiva la configurazione concreta del mezzo di comunicazione a distanza da parte del professionista, in particolare la sua decisione in merito al design, al layout, alla grafica o alle dimensioni del supporto pubblicitario. La deroga di cui all'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva potrebbe applicarsi qualora la presentazione di informazioni esaustive sul diritto e sulle modalità di recesso comportasse il rischio di occupare una parte rilevante del supporto pubblicitario, ipoteticamente oltre il 10% della superficie del medesimo.

Inoltre, il giudice del rinvio rileva che l'interpretazione di detta disposizione della direttiva 2011/83 dovrebbe tener conto della libertà di impresa, riconosciuta all'articolo 16 della Carta. In particolare, tale libertà comprenderebbe la libertà di pubblicità e la scelta del professionista riguardo ai mezzi utilizzati a tal fine non deve essere limitata in modo sproporzionato, conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta (Corte giust. 17 dicembre 2015, C157/14, *Neptune Distribution*, EU:C:2015:823, punto 67).

Da un lato, l'obbligo di inserire all'interno di una pubblicità tutte le informazioni richieste in merito al diritto di recesso potrebbe compromettere l'utilità, per il professionista, di determinate forme di messaggi pubblicitari, poiché sussiste il rischio che dette informazioni dominino tali messaggi. Dall'altro lato, in una situazione del genere, il consumatore sarebbe esposto a una quantità elevata di informazioni di cui non potrebbe prendere opportunamente conoscenza.

È in tale contesto che il *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte tre questioni pregiudiziali.

Con le sue questioni, il giudice del rinvio chiede secondo quali criteri si debba valutare se un contratto possa essere considerato concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un

tempo limitato per visualizzare le informazioni, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2011/83, e, se del caso, quale sia la portata dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso, previsto all'articolo 6, paragrafo 1, lettera h), di tale direttiva.

La Corte ricorda, in via preliminare, che, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore, in maniera chiara e comprensibile, determinate informazioni relative a tale contratto o a tale offerta (articolo 6, paragrafo 1, della direttiva). In particolare, in caso di sussistenza di un diritto di recesso, il professionista è tenuto a portare a conoscenza del consumatore le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto, conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, di detta direttiva, e di fornirgli il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B, della medesima (articolo 6, paragrafo 1, lettera h), della stessa direttiva).

Il professionista, oltre alle possibilità previste in tale articolo 11, paragrafo 1, può offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B, della medesima direttiva o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita sul sito web del professionista (articolo 11, paragrafo 3, della stessa direttiva).

Nel caso in cui il contratto sia concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, l'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva obbliga il professionista soltanto a fornire al consumatore, sul mezzo in questione e prima della conclusione del contratto, alcune delle informazioni precontrattuali previste all'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva, tra cui figura l'informazione sul diritto di recesso, quale enunciata all'articolo 6, paragrafo 1, lettera h), della medesima direttiva. In un caso del genere, le altre informazioni precontrattuali devono essere fornite al consumatore in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile.

«In proposito, come risulta dall'articolo 1 della direttiva, letto alla luce dei considerando 4, 5 e 7 di quest'ultima, tale direttiva mira ad assicurare un livello elevato di tutela dei consumatori garantendo la loro informazione e la loro sicurezza nelle operazioni con i professionisti. Inoltre, la tutela dei consumatori nelle politiche dell'Unione è sancita all'articolo 169 TFUE e all'articolo 38 della Carta. La direttiva è volta a far beneficiare i consumatori di una tutela ampia, conferendo loro una serie di diritti in materia, in particolare, di contratti a distanza. L'obiettivo del legislatore dell'Unione è evitare che l'impiego di mezzi di comunicazione a distanza porti ad una diminuzione delle informazioni fornite al consumatore (v., per analogia, sentenza del 5 luglio 2012, Content Services, C49/11, EU:C:2012:419, punto 36). Orbene, le informazioni fornite prima della conclusione di un contratto riguardo alle condizioni contrattuali e alle conseguenze di detta conclusione sono, per il consumatore, di fondamentale importanza (sentenza del 13 settembre 2018, Wind Tre e Vodafone Italia, C54/17 e C55/17, EU:C:2018:710, punto 46). È infatti sulla base di tali informazioni che quest'ultimo decide se intende vincolarsi contrattualmente ad un professionista».

Nondimeno, il giudice UE ritiene che «nel caso dei contratti a distanza, gli obblighi di informazione dovrebbero essere adattati per tenere conto dei limiti tecnici di taluni media, come la limitazione del numero di caratteri su taluni schermi di telefoni mobili o il limite di tempo per gli spot televisivi. In tali casi, il professionista dovrebbe conformarsi ad un insieme minimo di obblighi di informazione e rinviare il consumatore a un'altra fonte di informazione, ad esempio fornendo un numero di telefono gratuito o un link ipertestuale ad una pagina web del professionista dove le informazioni pertinenti sono direttamente e facilmente accessibili. Pertanto, qualora il professionista, per concludere un contratto con il consumatore, ricorra a un determinato mezzo di comunicazione a distanza, esso può trovarsi nell'impossibilità di fornire al consumatore, nell'ambito di tale comunicazione, tutte le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2011/83. Una situazione del genere si verifica nel caso in cui il mezzo scelto dal professionista consenta uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, limitazioni risultanti dalle caratteristiche inerenti al mezzo di cui trattasi oppure derivanti dalla scelta economica del professionista relativa, in particolare, alla durata e allo spazio di comunicazione commerciale».

La valutazione della questione se, in un caso concreto, il mezzo di comunicazione consenta uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni dev'essere effettuata tenendo conto dell'insieme delle caratteristiche tecniche della comunicazione commerciale del professionista. Al riguardo, occorre verificare se, in considerazione dello spazio e del tempo occupati dalla comunicazione e delle dimensioni minime del carattere tipografico che sarebbero appropriate per un consumatore medio destinatario di tale comunicazione, tutte le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva possano essere oggettivamente presentate nell'ambito di detta comunicazione. Per contro, le scelte effettuate dal professionista interessato in merito alla configurazione e all'utilizzo dello spazio e del tempo di cui dispone sulla base del mezzo di comunicazione che ha deciso di impiegare non sono pertinenti ai fini di tale valutazione.

Pertanto, qualora si constati che il mezzo di comunicazione a distanza consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, bisogna verificare se il professionista abbia fornito al consumatore le

altre informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, di tale direttiva attraverso un'altra fonte, in un linguaggio semplice e comprensibile(articolo 8, paragrafi 1 e 4, della direttiva).

La soluzione adottata all'articolo 8, paragrafi 1 e 4, della direttiva, «mira a garantire un giusto equilibrio tra un livello elevato di protezione dei consumatori e la competitività delle imprese, come enunciato al considerando 4 della stessa direttiva. Infatti, l'obbligo di informazione di cui all'articolo 8, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2011/83 permette al consumatore di ricevere in modo appropriato, prima della conclusione del contratto a distanza, le informazioni necessarie che gli consentono di decidere se concludere o meno il contratto, rispondendo così all'obiettivo legittimo di interesse generale di tutela dei consumatori, conformemente all'articolo 169 TFUE, ricordato al considerando 3 di tale direttiva, senza tuttavia pregiudicare il contenuto essenziale della libertà di espressione e di informazione né la libertà di impresa dell'imprenditore, quali sancite agli articoli 11 e 16 della Carta».

In proposito, da un lato, l'articolo 8, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2011/83 si limita, in un settore ben circoscritto, a delimitare il contenuto della comunicazione commerciale diretta alla conclusione di un contratto a distanza con il consumatore. Dall'altro lato, l'obbligo di fornire, in qualsiasi circostanza, le informazioni di cui all'articolo 8, paragrafo 4, prima frase, di tale direttiva riguarda soltanto alcune delle informazioni di cui è obbligatoria la comunicazione al consumatore prima della conclusione del contratto a distanza, (articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva). Infatti, «nell'ipotesi prevista all'articolo 8, paragrafo 4, della stessa direttiva, le altre informazioni devono essere fornite attraverso un'altra fonte, in un linguaggio semplice e comprensibile».

Tra queste ultime, «figura quella concernente il diritto di recesso, quale enunciata all'articolo 6, paragrafo 1, lettera h), della direttiva 2011/83», «finalizzato a tutelare il consumatore nella particolare situazione di una vendita a distanza, in cui egli non ha in concreto la possibilità di visionare il bene o di prendere conoscenza delle caratteristiche del servizio prima della conclusione del contratto. Si reputa pertanto che il diritto di recesso compensi lo svantaggio che risulta per il consumatore da un contratto a distanza, accordandogli un termine di riflessione appropriato durante il quale egli ha la possibilità di esaminare e testare il bene acquistato (v., per analogia, sentenza del 3 settembre 2009, Messner, C489/07, EU:C:2009:502, punto 20)».

Tenuto conto dell'importanza del diritto di recesso per la tutela del consumatore, «l'informazione precontrattuale riguardante tale diritto è di fondamentale importanza per quest'ultimo e gli consente di decidere con cognizione di causa se concludere o meno il contratto a distanza con il professionista. Per poter beneficiare pienamente di tale informazione, il consumatore deve conoscere in anticipo le condizioni, il termine e le modalità di esercizio del diritto di recesso». Nel caso in cui il contratto sia concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato di visualizzazione delle informazioni, il professionista non è tenuto a fornire al consumatore, nello stesso momento in cui ricorre a tale mezzo, il modulo tipo di recesso che figura all'allegato I, parte B, di detta direttiva. Invero, da un lato, il fatto di disporre, mediante tale mezzo, prima della conclusione del contratto, di un modulo del genere non è una circostanza che possa influenzare la decisione del consumatore di concludere o meno un contratto a distanza e, dall'altro lato, l'obbligo di fornire, in ogni circostanza, detto modulo al consumatore comporterebbe il rischio di imporre un onere sproporzionato al professionista, se non addirittura, in alcuni casi, come in particolare in quello dei contratti conclusi per telefono, un onere insostenibile. «Al riguardo, la comunicazione di detto modulo attraverso un'altra fonte, in un linguaggio semplice e comprensibile, è sufficiente».

## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE	
L'istituto della Banca ore. ....	176
di Martina Valiante	
DIRITTO PENALE	
La tenuta costituzionale della misura di prevenzione personale applicabile allo <i>stalker</i> in presenza di gravi indizi. ....	178
di Giacomo Romano	
DIRITTO AMMINISTRATIVO	
Società a controllo pubblico c.d. <i>in house</i> e assunzione di personale: competenza del Giudice ordinario. ....	183
di Clara Bianco	



## Diritto civile

### L'istituto della Banca ore

#### abstract

*The worker's overtime needs the prior authorization from the employer in order to get remuneration.*

#### keywords

*Bank hours – Overtime – Authorization – Remuneration.*

#### abstract

*La remunerazione delle ore di lavoro espletate dal lavoratore in aggiunta al normale orario di lavoro necessita della preventiva autorizzazione del datore di lavoro.*

#### parole chiave

*Banca ore – Ore di lavoro straordinario – Autorizzazione – Remunerazione.*

La questione oggetto del presente *focus* nasce dalla recentissima sentenza del Tribunale di Napoli, sez. Lavoro, n. 11011/2018, inerente l'individuazione delle caratteristiche e dell'uso appropriato dell'istituto della Banca ore.

Al fine di comprendere meglio i termini della questione, risulta utile fare una breve analisi della natura della Banca delle ore ai sensi dell'articolo 27 del CCNL98/01 e dell'art. 38 del CCNL del 14.09.2000.

In base al combinato disposto di tali articoli, la Banca delle ore è un istituto contrattuale che consente l'accantonamento – su di un conto individuale – di un numero di ore prestate in eccedenza rispetto al normale orario di lavoro, regolarmente fissato nelle 40 ore settimanali, salvo diverse disposizioni dei contratti collettivi. L'istituto in parola rappresenta, dunque, una forma flessibile dell'orario di lavoro, consentendo al lavoratore di accumulare le ore prestate oltre a quelle previste dal contratto e di utilizzarle in un momento successivo, come riposi aggiuntivi.

La funzione dell'istituto *de quo* è di far sì che il lavoratore possa utilizzare tali ore come straordinario retribuito – nel caso si stato debitamente autorizzato – ovvero come riposo compensativo da fruirsi, su

domanda del medesimo, tenendo conto delle esigenze del servizio.

Invero, ai sensi dell'art. 27 CCNL integrativo 98\01: “al fine di mettere i lavoratori in grado di fruire delle prestazioni di lavoro straordinario o supplementare, in modo retribuito o come permessi compensativi, è istituita una banca delle ore, con un conto individuale per ciascun lavoratore. Nel conto ore confluiscono, su richiesta del lavoratore, le ore di prestazione di lavoro straordinario o supplementare, debitamente autorizzate, da utilizzarsi entro l'anno successivo a quello di maturazione; le ore accantonate possono essere richieste da ciascun lavoratore o in retribuzione o come permessi compensativi, l'Amministrazione rende possibile l'utilizzo delle ore come riposi compensativi tenendo conto delle esigenze tecniche, organizzative e di servizio, con riferimento ai tempi, alla durata e al numero dei lavoratori contemporaneamente ammessi alla fruizione”<sup>1</sup>.

In proposito si rappresenta che l'ARAN, con un orientamento applicativo del 26 settembre 2017, ha ribadito che il lavoratore può decidere autonomamente di utilizzare le ore accantonate nella banca ore: sia per ottenere il pagamento dei relativi compensi, sia per fruire di equivalenti periodi di permessi compensativi da destinare alle proprie attività formative o ad altre esigenze personali e familiari.

Ne consegue, sotto il profilo operativo, che il dipendente interessato debba richiedere espressamente al datore di lavoro di avvalersi della banca delle ore, indicando la quantità di ore di lavoro straordinario che devono confluire nel proprio conto individuale, entro il limite massimo annuo definito in sede di contrattazione integrativa. Tali ore di straordinario, secondo la regola generale dell'art. 38 del CCNL del 14.09.2000, devono essere sempre autorizzate dal competente dirigente; inoltre l'utilizzazione da parte del lavoratore delle stesse deve avvenire entro l'anno successivo a quello in cui le prestazioni sono state effettuate<sup>2</sup>.

Passando all'esame del caso di specie, il Tribunale di Napoli si è pronunciato su un caso concreto non riconducibile alla casistica tipica risolvendolo tuttavia, per quanto concerne il profilo logico-motivazionale,

<sup>1</sup> Art. 27 CCNL integrativo 98\01.

<sup>2</sup> Art. 38 del CCNL del 14.09.2000.

in conformità alla *ratio legis* della succitata normativa.

Il giudizio in questione nasceva a seguito di opposizione a decreto ingiuntivo col quale si ingiungeva il pagamento di una somma di denaro quale corrispettivo inerente alla retribuzione per il lavoro straordinario prestato.

Parte opponente deduceva l'inesigibilità della somma ingiunta in quanto il presunto credito – relativo all'uso improprio dell'istituto della Banca ore – era privo di autorizzazione del datore di lavoro a prestare ore di lavoro straordinario.

La tesi difensiva dell'opposto verteva sulla valorizzazione del documento depositato e allegato al decreto ingiuntivo costituente la copia conforme all'originale del rapporto periodico delle presenze – cosiddetta Banca ore – rilasciato dal datore di lavoro; ritenendo che le stesse, essendo indicate nell'attestazione della banca ore di lavoro eccedente, sarebbero state riconosciute come autorizzate.

Il Tribunale adito accoglieva l'opposizione, statuendo la revoca del decreto ingiuntivo con la seguente motivazione: “non è sufficiente l'inserimento nella Banca ore, delle ore lavorate rispetto all'orario ordinario, al fine di comprovare che si tratta di ore di lavoro straordinario autorizzate. Difatti, la collocazione di un certo numero di ore nel conto individuale significa solo che dal dipendente, che abbia aderito a tale sistema, sono state espletate ore aggiuntive rispetto all'orario normale di lavoro. Non vi è alcun filtro che l'amministrazione effettua sulla preventiva autorizzazione all'effettuazione del surplus orario, per l'evidente ragione che si tratta di una mera contabilizzazione, in una sorta di cassetto virtuale, a mo' di “*deposito bancario*” in senso lato, di un monte ore a credito del lavoratore. Il credito orario da lui conseguito può avere una duplice destinazione: essere monetizzato in termini di maggioranza per lavoro straordinario, nel “*caso sia stato debitamente autorizzato*” oppure dar luogo a corrispondenti riposi compensativi, se richiesti o a riposi in permessi compensativi, compatibilmente con le esigenze di servizio. La necessità dell'autorizzazione all'effettuazione del lavoro straordinario ai fini della sua remunerazione nel rapporto di pubblico impiego costituisce principio consolidato. [...] Può conclusivamente ritenersi che per la remunerazione delle ore di lavoro espletate dal ricorrente in aggiunta al normale orario di lavoro, è necessario che vi fosse stata la preventiva autorizzazione. L'opposto non si premura affatto di allegare e provare che le prestazioni di lavoro straordinario fossero state preventivamente autorizzate, per cui il difetto della stessa, il cui onere è a carico del lavoratore, è di ostacolo al pagamento del compenso reclamato in sede monitoria”.

Il Tribunale dunque ha ritenuto necessaria l'autorizzazione allo svolgimento del lavoro straordinario ai fini della sua remunerazione nel rapporto di pubblico impiego.

Tale assunto risulta ancora più convincente se si considera che, nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato, con specifico riguardo alla remuneratività del lavoro straordinario, rilevano quei principi che avevano indotto la giurisprudenza amministrativa ad escludere che le prestazioni di lavoro straordinario potessero essere compensate in assenza di autorizzazioni. Secondo la giurisprudenza di legittimità: “Attraverso l'autorizzazione, l'Amministrazione, nel rispetto dei principi costituzionali dettati dall'art. 97 cost., persegue gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. L'autorizzazione medesima, invero, implica la valutazione sulla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico che rendono necessario il ricorso a prestazioni straordinarie e comporta, altresì, la verifica della compatibilità della spesa con le previsioni di bilancio”<sup>3</sup>.

Dunque, la preventiva autorizzazione del datore di lavoro evita che il lavoro straordinario divenga un normale strumento di programmazione dell'attività degli uffici e consente, dunque, all'Amministrazione di: valutare le effettive esigenze dei singoli servizi, con riferimento alle risorse umane necessarie; apprezzare le capacità gestionale dei dirigenti; impedire che la realizzazione degli obiettivi assegnati agli uffici venga ottenuta non attraverso una oculata programmazione e ripartizione del lavoro bensì attraverso un indiscriminato ricorso al lavoro straordinario.

Orbene, la statuizione del Tribunale di Napoli va letta correlatamente alla *ratio legis* della disciplina normativa sin qui esaminata, con particolare riferimento all'art. 43 del CCNI: è ivi previsto che le ore accantonate possono essere utilizzate dal dipendente o in conto lavoro straordinario retribuito, nel caso sia stato debitamente autorizzato, o come riposi compensativi da fruirsi, su domanda del medesimo, tenendo conto delle esigenze tecniche, organizzative e di servizio, con riferimento ai tempi, alla durata ed al numero dei lavoratori contemporaneamente ammessi alla fruizione. Dunque, il legislatore con l'inciso “*nel caso sia stato debitamente autorizzato*”, nella parte relativa alle modalità di utilizzazione delle ore inserite in Banca, chiarisce l'indispensabilità di retribuire solo il lavoro straordinario debitamente autorizzato.

In conclusione, la decisione del Tribunale di Napoli appare in linea con la *ratio legis* fin qui esaminata e fornisce un utile indirizzo all'operatore del diritto, in quanto individua le caratteristiche dell'istituto della Banca ore e pone un principio secondo cui la remunerazione delle ore di lavoro espletate dal lavoratore, in aggiunta al normale orario di lavoro, necessita della preventiva autorizzazione del datore di lavoro evitando così di utilizzare lo straordinario come strumento per fronteggiare esigenze ordinarie dei lavoratori.

<sup>3</sup> In tal senso, Corte di Cassazione n. 2509 del 31.01.2017.

## Diritto penale

### La tenuta costituzionale della misura di prevenzione personale applicabile allo *stalker* in presenza di gravi indizi

#### abstract

*The decision discussed in this paper examines the constitutional problems posed by the law (article 4, paragraph 1, letter i-ter), of Legislative Decree No. 159/2011, with reference to the application of the prevention measure of special surveillance to the crime of stalking if there is a serious circumstantial gravity.*

#### keywords

*Preventive measures – Stalking – Qualified danger.*

#### abstract

*Il provvedimento in esame analizza la questione della legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera i-ter) d.lgs. n. 159/2011, con riferimento all'applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di P.S. all'indiziato di stalking, in presenza di una gravità indiziaria di particolare intensità.*

#### parole chiave

*Misure di prevenzione – Stalking – Pericolosità qualificata.*

La presente questione trae spunto da un recente decreto emanato in data 9 ottobre 2018 dalla sezione autonoma misure di prevenzione del Tribunale di Milano con il quale è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera i-ter) d.lgs. n. 159/2011 nella parte in cui inserisce i soggetti indiziati del delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p. tra i destinatari delle misure di prevenzione personali<sup>1</sup>, per contrasto con gli artt. 3, 13, 16, 117 comma 1, 25 e 27 Cost., per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, per violazione dell'art. 2 del protocollo addizionale n. 4

<sup>1</sup> Cfr. «I. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano: [...] i-ter) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 612-bis del codice penale», lettera aggiunta dall'articolo 1, comma 1, lettera d), della Legge 17 ottobre 2017, n. 161.

della CEDU come interpretati dalla nota sentenza De Tommaso c. Italia pronunciata dalla Grande Camera della Corte EDU il 23 febbraio 2017<sup>2</sup> nonché, infine,

<sup>2</sup> La Corte EDU ha ribadito il principio di diritto già affermato in precedenza in ordine ai tre presupposti che legittimano una misura restrittiva della libertà personale: la sua conformità alla legge, la necessità di assicurare la tutela di uno degli interessi elencati dall'art. 2, comma 3, Prot. n. 4 e la realizzazione di un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e i diritti dell'individuo. Nella successiva valutazione relativa alla ricorrenza di tali presupposti nel caso concreto, la Corte EDU è pervenuta ad una conclusione diametralmente opposta ai precedenti arresti, escludendo il fondamento legale della misura di prevenzione applicata al ricorrente. Tale conclusione muove dalla considerazione dei principi costantemente affermati dalla Corte EDU sul significato dell'espressione "in conformità alla legge" e sul concetto stesso di legge. In primo luogo, la Corte ha più volte ribadito che tale conformità non si riferisce solo al fondamento legale della misura, ma anche alla qualità della legge in questione, che deve essere accessibile alle persone interessate e prevedibile quanto ai suoi effetti. In particolare, la qualificazione di una norma come "legge" necessita di una formulazione con sufficiente precisione, in modo da consentire ai cittadini di regolare la propria condotta e di prevedere, se necessario con adeguati avvisi, in misura ragionevole, le conseguenze che possono derivare da una determinata condotta. La Corte ha, infine, ribadito che, ai fini della prevedibilità, è necessario che la legge preveda degli strumenti di protezione contro le interferenze arbitrarie delle autorità pubbliche ed indichi, in caso di conferimento di un potere discrezionale, lo scopo e le modalità di esercizio di tale discrezionalità. Alla luce di tale cornice interpretativa, la Corte ha ritenuto che nel caso in esame la misura di prevenzione applicata al ricorrente non era conforme alla legge, in quanto la disciplina del 1956, posta a suo fondamento, era accessibile, ma non prevedibile. Contrariamente a precedenti arresti, la Corte ha, infatti, affermato che la L. n. 1423 del 1956 non indicava con sufficiente chiarezza lo scopo e le modalità di esercizio dell'ampio potere discrezionale conferito al giudice nazionale, né era formulata con sufficiente precisione per fornire protezione contro le interferenze arbitrarie e per consentire al ricorrente di adeguare la sua condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'imposizione della misura di prevenzione. Tale conclusione trova, nel ragionamento della Corte, una conferma proprio nel decreto applicativo della misura di prevenzione in cui, lungi dall'attribuire al ricorrente uno specifico comportamento o una condotta criminale, la pericolosità attuale era stata affermata sulla base di "tendenze criminali attive" desunte dalla mancanza di una stabile attività lavorativa e da uno stile di vita caratterizzato da frequentazioni malavitose e dalla commissione di reati. La Corte ha, inoltre, rilevato che tale lacuna normativa non è superabile alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale che, pur avendo dichiarato l'illegittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1956 n. 1423, art. 1, n. 3, (con riferimento alla categoria dei proclivi a delinquere),

per violazione del principio di determinatezza.

La decisione interviene, tra l'altro, in un delicato momento storico nel quale circa un quarto degli omicidi volontari riguarda casi di femminicidio – evento terminale spesso preceduto da attività persecutorie poste in essere dall'agente violento – e dove il 77% delle vittime del delitto di atti persecutori risultano essere di sesso femminile<sup>3</sup>.

Ma procediamo con ordine.

Il caso riguarda un soggetto che alcuni mesi prima era stato sottoposto a misura cautelare dopo la convalida del suo arresto in flagranza per reati di cui agli artt. 612-*bis*, 609-*bis* e 609-*ter* co. 5-*quater* c.p. Invero, l'uomo si era reso responsabile di diversi comportamenti riconducibili al reato di atti persecutori perpetrati ai danni della ex compagna, sia durante la loro convivenza sia dopo la rottura del loro rapporto, mostrando nelle diverse occasioni una forte indole violenta e prevaricatrice nei confronti della donna. A causa di tali fatti, nel corso del tempo, venivano effettuati molteplici interventi da parte delle Forze di Polizia.

L'episodio scatenante dell'inizio delle molestie e dei soprusi rivolti alla donna si può individuare al momento in cui quest'ultima decideva di troncarsi la loro tormentata relazione, momento nel quale l'uomo metteva in atto una serie di comportamenti finalizzati a punire l'ex compagna con atti di violenza sia fisica sia psicologica, quest'ultimi con finalità manipolatorie, con la chiara intenzione di riportare la donna nella propria sfera di controllo.

Al culmine di un episodio particolarmente grave, l'uomo danneggiava la porta d'ingresso dell'abitazione della donna prendendola a calci e, una volta entrato, percuoteva la donna sottraendole addirittura le chiavi di casa.

Gli episodi di molestia nel corso del tempo hanno avuto un crescendo di brutalità, giungendo sino alle minacce di morte rese ancor più oppressive dall'utilizzo di un'arma da taglio, sia a veri e propri episodi di violenza sessuale. Episodi perpetrati anche in presenza del figlio minore che dimorava con la donna.

A seguito di tali accadimenti, il Questore formu-

---

ha ritenuto sufficientemente determinate le altre categorie previste dalla legge, limitandosi a ribadire la necessità di una verifica di concrete condotte sintomatiche della reale pericolosità del soggetto. Pertanto, ad avviso della Corte Edu, né la legge né la Corte Costituzionale hanno chiaramente individuato gli elementi fattuali o gli specifici tipi di comportamento che vanno presi in considerazione per affermare la pericolosità sociale di un individuo e che potrebbero comportare l'applicazione di una misura di prevenzione. In definitiva, la Corte ha affermato che la L. n. 1423 del 1956 è stata formulata in termini vaghi, in quanto i destinatari non sono stati definiti con sufficiente precisione e chiarezza e, pertanto, poiché tale legge non rispetta il requisito di prevedibilità, le restrizioni alla libertà di movimento imposte non hanno avuto una base legale.

<sup>3</sup> Fonte relazione della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul femminicidio istituita con delibera del 18/1/2017 <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/35737.htm>.

lava, pertanto, proposta di applicazione della misura della sorveglianza speciale di P.S. con obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora, con divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla donna e con divieto di comunicare con lei, nonché con l'applicazione di un percorso trattamentale<sup>4</sup>.

A questo punto, il difensore dell'uomo deduceva questione di illegittimità costituzionale della norma in questione richiamando anche la *ratio decidendi* della sentenza De Tommaso contro Italia pronunciata dalla Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 23 febbraio 2017 soffermandosi, in particolare, sui seguenti profili: a) l'irragionevolezza dell'ampliamento del *corpus* normativo del codice antimafia dedicato ai delitti contro lo Stato, l'ordinamento della Repubblica, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza al delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. inserito nel titolo del codice penale riservato ai delitti contro la persona; b) la violazione del principio di uguaglianza in quanto non sono trattate diversamente situazioni di pericolo differenti, essendo riservati ai soggetti indagati ex art. 612-*bis* c.p., reato contro la persona perseguibile in ordinario a querela di parte, la medesima disciplina riservata alla repressione di reati di stampo associativo, mafioso, contro la Pubblica Amministrazione e incolumità e tutti perseguibili d'ufficio; c) la violazione dell'art. 25 comma 2 Cost. per violazione del principio di determinatezza in quanto l'irrogazione delle misure di prevenzione deve essere ancorata al riscontro di elementi materiali che possano avere una consistenza empirico probatorio, circostanza impossibile nel caso di sospetto di *stalking* in quanto tale *figura criminis* non possiede elementi materiali e fattuali realmente tipici della condotta incriminata facendo proprie le condotte tipiche di altre norme incriminatrici e differenziandosi da queste solo per elementi squisitamente soggettivi (dolo specifico della condotta dello *stalker*).

Così inquadrata la questione, deve subito rilevarsi che la richiesta di incidente costituzionale avanzata dal difensore dello *stalker* finisce, invero, col confondere piani interpretativi e applicativi nettamente distinti.

Infatti, con riferimento alla sentenza De Tommaso c. Italia pronunciata dalla Corte Edu, è oramai noto che l'unico obbligo che incombe sul giudice nazionale è quello di fondare il giudizio di pericolosità sociale su fatti certi (c.d. concretezza della pericolosità), perché o accertati in sentenze irrevocabili o, se ancora in corso di accertamento, dotati di gravità indiziaria, escludendo dagli elementi di prova valutazioni meramente soggettive dell'autorità proponente che non siano sup-

---

<sup>4</sup> Già prima dell'introduzione della lettera *i-ter*) nell'art. 4 comma 1 d.lgs. n. 159/11, facendo ricorso alle categorie della pericolosità generica, alcune autorità giudiziaria avevano applicato misure di prevenzione personale per vicende di "violenza domestica o in ambito di relazioni affettive": cfr. Trib. Roma, decr. 3 aprile 2017 n. 30; trib. Palermo, decr. 1 giugno 2017 n. 62.

portate da riscontri fattuali oggettivi<sup>5</sup>.

Dunque, parlare di pericolosità sociale come caratteristica fondante del giudizio di prevenzione se da un lato è esatto, in quanto si intercetta il valore sistemico della misura di prevenzione, che è strumento giuridico di contenimento e potenziale neutralizzazione della pericolosità, dall'altro può essere fuorviante lì dove tale nozione venga intesa in senso del tutto generico, senza tener conto della selezione normativa delle specifiche categorie di pericolosità. Le indicazioni del legislatore sono infatti da ritenersi "tipizzanti" e determinano la esclusione dal settore in esame di quelle condotte che pur potendo inquadarsi come manifestazione di pericolosità soggettiva risultino estranee al "perimetro descrittivo" degli attuali D.Lgs. n. 159 del 2011, artt. 1 e 4.

Il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione, in altre parole, non viene ritenuto "colpevole" o "non colpevole" in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene ritenuto "pericoloso" o "non pericoloso" in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad "indice rivelatore" della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico e ciò in rapporto all'esistenza delle citate disposizioni di legge che "qualificano" le diverse categorie di pericolosità.

Un aggancio normativo di tale orientamento rigoroso è costituito dai presupposti previsti dal D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 28 per la revocazione della confisca: la norma la ammette quando «i fatti accertati con sentenze penali definitive (...) escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca»: quindi, è lo stesso legislatore ad aver creato un obbligo di correlazione tra gli esiti delle pronunzie emesse nei due campi in esame (penale e di prevenzione); ecco che il procedimento di prevenzione non ha più il compito di "recupero" di materiali cognitivi vuoti, atipici e inidonei alla costruzione di una contestazione formale ispirata ai principi di tassatività e determinatezza quanto una funzione marcatamente specialistica e, a tal fine, anticipatoria di forme di contenimento della pericolosità sociale apprezzate in sede giurisdizionale sulla base di indicatori non dissimili – anche in caso di pericolosità generica – da quelli che il legislatore considera in fattispecie incriminatrici di parte speciale.

Le condotte di reato, in altre parole, sono poste a monte della valutazione di pericolosità sociale perché

<sup>5</sup> Orientamento peraltro già formulato in Cass., SS. UU., 25/3/2010 n. 13.426, Cagnazzo. Va richiamato, al riguardo ed in termini, il recente intervento della Corte di Cassazione (sez. I, n. 36258 del 14/6/2017, Celini), che, valutando l'incidenza della decisione della Corte Europea sul diritto interno, ha individuato lo *standard* probatorio che deve essere soddisfatto dal giudice della prevenzione attraverso la selezione dei fatti posti a base del giudizio di pericolosità, privilegiando «le pronunce penali che hanno affermato definitivamente la responsabilità per la commissione di delitti o la sussistenza di gravità indiziaria degli stessi».

ricomprese nella selezione normativa delle fattispecie astratte di pericolosità generica, fermo restando che il giudice della prevenzione apprezza tali condotte (già giudicate o giudicabili) in via autonoma e per finalità diverse da quelle della applicazione di una pena.

Sicché, la portata della decisione della Corte EDU sopra richiamata appare rilevante soltanto per la scelta e la "quantificazione" del materiale probatorio che il giudice della prevenzione, ferma restando l'autonomia e l'indipendenza del giudizio rispetto a quello ordinario di cognizione, deve porre a fondamento della sua decisione con particolare riferimento alle categorie di soggetti astrattamente inquadrabili in tutte le fattispecie generiche previste dall'art. 1 del d.lvo 159/2011 in quanto non caratterizzate da quella tipizzazione propria della indicazione delle singole fattispecie di reato previste dall'art. 4 Codice Antimafia e progressivamente ampliate dal legislatore a seconda della valutazione, appartenente a scelte di politica giudiziaria.

Tali scelte, del resto, possono trovare censura costituzionale soltanto se affette da irrazionalità, irragionevolezza o addirittura abnormità logica, della sussistenza di una pericolosità sociale intrinseca alla violazione del delitto ipotizzato.

Nel caso in esame, allora, è inutile il richiamo ai principi elaborati dalla Corte EDU poiché relativi alla categoria giuridica della pericolosità generica e non a quella qualificata dalla descrizione di un titolo di reato (come nel caso dell'indiziato di *stalking*) in relazione al quale sussiste, peraltro, una gravità indiziaria di particolare intensità.

Ancora, con riferimento alla presunta violazione dell'articolo 3 della Carta sul piano della irragionevolezza di introdurre nella categoria dei delitti a pericolosità sociale qualificata la fattispecie di atti persecutori ex art. 612-*bis* c.p., lo stesso Tribunale ha evidenziato come la Corte Costituzionale, nell'analizzare il progressivo ampliamento della legislazione antimafia proprio con riferimento alla dedotta irrazionalità della dilatazione legislativa, abbia rilevato che «lo scopo di impedire l'eventuale ingresso nel mercato del denaro ricavato dall'esercizio di attività delittuose o di traffici illeciti, rende non irragionevole la scelta del legislatore di estendere le misure antimafia, previste per gli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, ad alcune delle categorie di persone socialmente pericolose di cui alla legge n. 575 del 1965»<sup>6</sup>.

In tale prospettiva di intervento, che ha visto un sistematico aggiornamento da parte del legislatore dell'art. 4 del codice antimafia dedicato ai soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali<sup>7</sup>, non

<sup>6</sup> Cfr. ordinanza 675/1988 con la quale è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 19 L. 22/5/1975 n. 152 in relazione all'art. 3 Cost.

<sup>7</sup> Si pensi, a solo titolo di esempio, alle fattispecie di cui agli articoli 600 c.p. "Riduzione e mantenimento in schiavitù o servitù" reato codicisticamente inserito nel titolo dei delitti contro la

appare irragionevole la scelta operata dal legislatore della riforma del 2017 di considerare come dotato di particolare offensività il delitto di atti persecutori previsto dall'art. 612-*bis* c.p.<sup>8</sup>.

Invero, su un piano di lettura costituzionale, non appare certamente irragionevole o irrazionale l'aver introdotto da parte del legislatore un ulteriore strumento di tutela sociale per il contenimento di forme di pericolosità diffusa da accertare secondo i parametri probatori sopra indicati, specialmente se si considera il dato preoccupante dell'aumento dei casi di femminicidio.

Quanto all'ulteriore rilievo dedotto dal difensore circa la possibilità di arrivare ad una eventuale decisione limitativa della libertà di circolazione del proposto in presenza di una fattispecie procedibile, in talune situazioni, a querela revocabile di parte, il Collegio ha osservato come «analogo sistema sia operante nel procedimento di cognizione per quanto riguarda la possibilità di applicare all'indagato/imputato del reato di atti persecutori tutte le misure coercitive personali previste dal codice processuale penale con la conseguente limitazione del bene non già della semplice libertà di circolazione ma addirittura della libertà personale, e ciò senza che alcun rilievo di potenziale lesività costituzionale sia mai stato posto»<sup>9</sup>.

Invero, la misura di prevenzione è un istituto che incide sulla libertà di circolazione e non già sulla libertà personale e che, in quanto tale, non soffre di termini di fase in quanto strettamente ancorata all'attualità ed alla persistenza del giudizio di pericolosità sociale del proposto espresso dal Tribunale<sup>10</sup>.

persona e 630 c.p. "Sequestro di persona a scopo di estorsione" reato codicisticamente inserito nel titolo dei delitti contro il patrimonio.

<sup>8</sup> Come ha ricordato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 172 del 2014 «il legislatore, con l'art. 7 del decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori) convertito, con modificazioni dall'art. 1 comma 1 della legge 23 aprile 2009 n. 38, volendo colmare un vuoto di tutela verso i comportamenti persecutori, assillanti e invasivi della vita altrui, di cui sono vittime soprattutto, ma non esclusivamente, le donne, ha introdotto nel codice penale l'art. 612-*bis* c.p. il quale prevede un'autonoma e più grave fattispecie di reato in linea con quanto previsto da numerosi ordinamenti stranieri e con quanto ora è stabilito, quale obbligo convenzionale per lo Stato, da strumenti internazionali e segnatamente dall'art. 34 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica di Istanbul, ratificata e resa esecutiva in Italia con gli artt. 1 e 2 della legge 27 giugno 2013 n. 77 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011)».

<sup>9</sup> Nel caso di specie, in ogni caso, la questione appariva certamente irrilevante vertendosi in una fattispecie qualificata dall'aver posto in essere l'agente una minaccia grave – perché commessa con un coltello – e quindi non connotata dal regime di rimettibilità dell'istanza punitiva.

<sup>10</sup> Peraltro il regime di procedibilità di una fattispecie penale non

Quanto, poi, alla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 5, del d.lvo 159/2011 nella parte in cui consente al giudice di irrogare, tra le altre prescrizioni, la c.d. ingiunzione trattamentale al soggetto indagato, la questione appare irrilevante poiché come chiarito dal Tribunale «la richiesta dell'organo proponente di applicazione di un "percorso trattamentale" a carico del soggetto proposto per l'applicazione della misura non può non comportare comunque una preventiva acquisizione del consenso da parte dell'interessato»<sup>11</sup>.

Per altro giova ancora osservare come il sistema di cognizione preveda già una sorta di "patto terapeutico-ingiunzionale" fra il soggetto dotato di pericolosità sociale<sup>12</sup> e la risposta giurisdizionale, laddove si prevede all'art. 282-*quater* c.p.p. che «quando l'imputato si sottopone positivamente ad un programma di prevenzione della violenza organizzato dai servizi socio-assistenziali del territorio, il responsabile del servizio ne dà comunicazione al pubblico ministero e al giudice ai fini della valutazione ai sensi dell'art. 299 comma 2».

In altre parole, il legislatore ha inteso rappresentare al soggetto che soffre di agiti violenti determinati non da patologie rilevanti sul piano da giudiziario ma da connotazioni personologiche connesse ad aggressività derivanti da predominio di genere la possibilità di sottoporsi ad un programma di riconoscimento della violenza e quindi ad una prospettiva di contenimento della violenza da apprezzarsi poi sul piano della pericolosità sociale sottesa al giudizio applicativo delle misure cautelari personali.

Quanto, poi, ai profili inerenti la violazione del

sembra avere interferenza alcuna rispetto alla scelta dei limiti edittali di pena e quindi alla conseguente applicabilità o meno delle misure precautelari e cautelari.

<sup>11</sup> Sul piano squisitamente tecnico la locuzione "ingiunzione trattamentale", che non richiama alcun intervento di tipo psichiatrico o psicologico o comunque rientrante nella categoria di applicazioni di tipo sanitario, presuppone, per prassi e giurisprudenza costante anche del Tribunale di Milano (cfr. fra gli altri decreto N. 97/17 RGMP contro P.F. del 19 ottobre 2017 confermato dalla Corte di Appello di Milano con decreto in data 20/2/2018 irrevocabile in data 20/3/2018), comunque l'acquisizione del consenso da parte del soggetto proposto il quale, preso atto di una pericolosità sociale che gli deriva dalla consumazione di fatti delittuosi commessi normalmente contro donne o minori per questioni riguardanti o la tendenza sistematica alla sopraffazione violenta di genere o la presenza di impulsi non controllabili su base sessuale verso soggetti minorenni o anche adulti, accetta, proprio in quanto attore che non presenta patologie rilevanti sul piano psichiatrico e quindi sanitario, di effettuare volontariamente un percorso di osservazione e di confronto multidimensionale con esperti normalmente attraverso il sistema dei gruppi aperti di ascolto e di confronto fra uomini che condividono le stesse problematiche, con una evidente finalità di eliminazione del fattore criminogeno.

<sup>12</sup> Ci si riferisce alla persona sottoposta ad indagini o all'imputato sottoposto alla misura non detentiva di cui agli artt. 282-*bis* ("Allontanamento dalla casa familiare") e 282-*ter* ("Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa") c.p.p.

principio di determinatezza, non può non evidenziarsi come la fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p. abbia trovato una conferma di piena costituzionalità atteso che il delitto rappresenta un «reato abituale di evento per la cui sussistenza occorre una condotta reiterata, idonea a causare nella vittima una delle conseguenze descritte e, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, richiede il dolo generico il quale è integrato dalla volontà di porre in essere le condotte di minaccia e molestia nella consapevolezza della idoneità delle medesime a produrre almeno uno degli eventi previsti dalla norma incriminatrice (ex plurimis Corte di Cassazione sezione quinta penale sentenze n. 20993 e 7544 del 2012)»<sup>13</sup>.

Non si comprende pertanto, in una fattispecie compiutamente descritta e già valutata compatibile con il sistema costituzionale dalla Corte delle leggi, per quale motivo il giudice della prevenzione non potrebbe, al pari di quello della cognizione ma in una autonomia di procedimento e di giudizio, effettuare quel lavoro interpretativo tipico richiesto sul piano della valutazione del materiale probatorio idoneo per formulare una valutazione di sussistenza del reato e di pericolosità sociale del suo autore.

Risolta nei termini che precedono la questione della legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera i-*ter*), d.lgs. n. 159/2011 occorre, però, analizzare il piano del giudizio di attualità della pericolosità sociale onde comprendere se la misura di prevenzione possa essere applicata.

Ebbene, ciò che rileva è che la pericolosità sia sussistente al momento della formulazione del relativo giudizio, mentre gli elementi sintomatici o rivelatori della stessa sono necessariamente pregressi rispetto all'epoca in cui detto giudizio viene formulato. In tal senso, il presupposto dell'applicazione delle misure di prevenzione è l'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale della persona.

La giurisprudenza ha, poi, chiarito che il venir meno dell'attualità della pericolosità consegue non tanto al semplice decorso del tempo o allo stato di detenzione, quanto al compimento di atti volontari positivi, indicativi in modo inequivoco ed incontrovertibile che il soggetto abbia mutato condotta di vita, atti positivi che nella vicenda personale in esame non appaiono sussistenti.

Appare, infatti, evidente come la pericolosità sociale del soggetto proposto – che nel caso di specie si è trovato in misura custodiale prima carceraria e domiciliare poi – sia già stata accertata dallo stesso giudice della misura il quale, prima con l'ordinanza genetica applicativa della custodia in carcere e quindi con quella applicativa degli arresti domiciliari ha rilevato la sussistenza delle esigenze cautelari di cui alla lettera c) dell'art. 274 c.p.p.

Nel caso di specie, invero, il GIP aveva già evidenziato «il concreto pericolo che questi commetta altri delitti della stessa specie di quelli per cui si procede, o comunque gravi delitti con uso di violenza personale specie nei confronti della persona offesa. L'indagato ha in ogni caso evidenziato indole violenta, possessiva ed ossessiva nei confronti della donna alla quale è (o si ritiene) legato, in una relazione (più o meno bilaterale che sia) dai connotati in ogni caso patologici e fonte di rischio particolarmente concreto ed attuale per l'incolumità fisica e psichica della donna, oltre che del figlio di tenera età di questa»<sup>14</sup>.

Fermo restando tale valutazione il Tribunale di Milano ha, altresì, sottolineato come «l'uso di un coltello da cucina rivolto verso la donna per ottenere un rapporto sessuale – coltello sottoposto successivamente a sequestro da parte della polizia giudiziaria intervenuta – rappresenti un indice accentuato di pericolosità sociale concreto ed attuale, sintomatico di tratti personali violenti in grado di ledere non sole le aspettative di tranquillità sociale della vittima ma anche delle persone a lei legate da stretti rapporti relazionali quali il figlio minore affidato in custodia alla nonna per evitare l'esposizione a forme di violenza assistita».

Sulla scorta di tali elementi il Tribunale ha ritenuto, quindi, di considerare lo *stalker* alla stregua dei soggetti contemplati dall'art. 4, comma 1, lettera i-*ter*), del d.lvo 159/2011 come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera d), della legge 17 ottobre 2017 in relazione alla presenza di una pericolosità sociale intensa ed attuale che mette in pericolo, a causa delle manifestazioni di violenza, la sicurezza pubblica e primariamente quella della parte offesa.

Per l'effetto, è stata applicata la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di P.S. per un periodo di anni 1 e mesi 6 tenendo conto della presenza di un evidente discontrollo degli agiti violenti.

Infine, merita un cenno anche la prescrizione – contenuta nel provvedimento – di dover notificare il decreto anche alla parte lesa dei delitti di violenza sessuale e di atti persecutori, ritenuta, per le modalità di consumazione dei fatti, vittima vulnerabile.

Ed invero, malgrado il nostro ordinamento non preveda un obbligo di comunicazione dell'adozione di tale decisione di prevenzione, ma nemmeno sancisca un divieto espressamente previsto, il Tribunale, con una interpretazione conforme alla direttiva sulle vittime di reato 2012/29/UE soltanto parzialmente recepita con il d.lvo 15 dicembre 2015 n. 212, ha ritenuto di dovere notificare la decisione alla stessa parte lesa poiché la fonte sovranazionale prevede che la vittima venga messa sempre a conoscenza della situazione detentiva dell'aggressore al fine di potersi tutelare sul piano comportamentale concreto, anche in un'ottica di benessere psicologico.

<sup>13</sup> Cfr. la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 172 del 2014.

<sup>14</sup> Cfr. ordinanza GIP Tribunale di Milano del 22 febbraio 2018.

Clara Bianco  
dottoressa in Giurisprudenza

## Diritto amministrativo

### Società a controllo pubblico c.d. *in house* e assunzione di personale: competenza del Giudice ordinario

#### abstract

*The jurisdiction concerning disputes regarding staffing procedures done by either a public company or a public authority belongs to the ordinary judge.*

#### keywords

*Employment relationships – Public company – In house company – Jurisdiction – Jurisdiction on staffing procedures.*

#### abstract

*Rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alle procedure poste in essere dagli enti pubblici economici ovvero dalle società di capitali in mano pubblica per l'assunzione del proprio personale.*

#### parole chiave

*Rapporti di lavoro – Società a controllo pubblico – Società in house – Giurisdizione – Competenza assunzione di personale.*

Il presente *focus* ha ad oggetto la questione inerente l'individuazione del Giudice deputato a conoscere delle controversie relative alle procedure per la selezione di personale da parte di una società a controllo pubblico, con particolare riguardo alle c.d. *in house providing*.

La questione trae spunto dalla recente Sentenza del TAR Campania, Sez. III, n. 6562/2018, che ha definito un giudizio in merito alle procedure di reclutamento di personale da parte degli enti pubblici economici ovvero dalle società di capitali in mano pubblica.

In concreto, il ricorrente, aspirante alla partecipazione alla selezione per l'assunzione di 320 diplomati e 30 laureati da inquadrare in figure professionali del vigente CCNL autoferrovieri, bandita con avviso pubblico dall'EAV – Ente Autonomo Volturmo – (Società a controllo pubblico *in house* della Regione Campania), ha impugnato tale avviso contestandone gli atti ostativi all'ammissione di candidati in possesso di un diploma di istruzione secondaria con votazione infe-

riore ad una certa soglia.

Il Collegio, ravvisata l'assenza di ragioni tali da indurlo a discostarsi dal recente indirizzo giurisprudenziale vigente in materia, ha riconosciuto la giurisdizione del Giudice ordinario sulla controversia in esame.

Orbene, al fine di comprendere meglio i termini della questione, non pare possa prescindere da una breve disamina delle società a controllo pubblico, ed in particolare delle c.d. società *in house*.

Tali società costituiscono un istituto nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della concorrenza per il mercato mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici.<sup>1</sup>

La giurisprudenza europea ha indicato, quali requisiti necessari ai fini della configurazione dell'*in house*: i) la partecipazione interamente pubblica; ii) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; iii) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

Sempre in tema di società pubbliche, il Legislatore nazionale, con il D.lgs. 175/2016, ha introdotto un sistema di monitoraggio, indirizzo e coordinamento delle stesse, prevedendo l'istituzione in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze di una struttura interna, con poteri ispettivi sulle società, di emanazione di orientamenti e indicazione sull'applicazione delle nuove norme, nonché di individuazione delle migliori pratiche. Il regime introdotto da detto decreto prevede una serie di vincoli per le società a controllo pubblico, che risultano ancor più stringenti per le *in house*, le quali sono così intimamente legate sul piano organizzativo e operativo ad una pubblica amministrazione da poter essere equiparate, in definitiva, a un ufficio interno (*in house*, appunto) della medesima.<sup>2</sup>

Considerata la forte peculiarità organizzativa di tali organismi, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la previsione di forti poteri di gestione del socio pubblico nella forma del controllo analogo costituisca una rilevante deroga all'assetto organizzativo della società

<sup>1</sup> Corte di giustizia, sentenza Teckal 18 novembre 1999, in causa C-107/98.

<sup>2</sup> M. CLARICH, "Manuale di Diritto Amministrativo", Bologna, 2017, pag. 358 e ss.

disciplinata dal codice civile<sup>3</sup>, che ha condotto alla prospettazione di due diverse ricostruzioni relative alla natura giuridica delle società *in house*, ossia un primo orientamento che le qualifica come mera articolazione interna della P.a. (“una *longa manus* della pubblica amministrazione”<sup>4</sup>) e le assoggetta, con i necessari adattamenti, al regime delle pubbliche amministrazioni, ed un secondo orientamento che ha rilevato, invece, come la società *in house* debba considerarsi una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica.

Dunque, la questione relativa alla natura giuridica delle società a controllo pubblico, ne condiziona anche la disciplina applicabile allo svolgimento delle proprie attività, nonché la questione del riparto di giurisdizione in materia di assunzione dei dipendenti.

Passando all’esame del caso specifico, oggetto della sentenza del TAR Campania, parte ricorrente si è rivolta al Giudice amministrativo impugnando un avviso pubblico bandito dall’EAV, contestandone gli atti ostativi all’ammissione di candidati in possesso di un diploma di istruzione secondaria con votazione inferiore ad una certa soglia. Il Collegio, ha dichiarato inammissibile tale ricorso, ritenendo di dover applicare un principio di recente ribadito dalle Sezioni Unite della Cassazione, che assegna al Giudice ordinario la giurisdizione nelle controversie di lavoro, ivi comprese quelle relative a procedure di selezione per il reclutamento di personale, nei confronti degli enti pubblici economici ovvero delle società di capitali in mano pubblica.

In particolare, secondo l’argomentazione utilizzata dal TAR Campania, è da escludere un’applicazione estensiva dell’art. 63, comma 4, del D.lgs. 165/2001, che riserva al Giudice amministrativo la cognizione sulle procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, in quanto l’adozione da parte della società di un modello operativo costituito da una struttura aziendale e da criteri gestionali di carattere imprenditoriale, seppure inserita nel contesto di una organizzazione pubblicistica per il perseguimento di finalità di interesse generale, comporta l’applicazione del regime giuridico proprio degli strumenti adoperati per quanto riguarda i rapporti e le attività che fanno capo a tali aziende.

Del resto, tale assunto appare ancora più convincente, in considerazione dell’orientamento espresso in materia dal Consiglio di Stato<sup>5</sup>, il quale nel decidere in ordine ad una analoga vicenda, ha aderito al ragionamento seguito dalle Sezioni Unite con la menzionata sentenza del 2017, con la quale queste ultime – muovendo il proprio ragionamento dal principio espresso con sentenza del 25 novembre 2013, n. 26283 secon-

do cui le società *in house* costituiscono in realtà mere articolazioni della pubblica amministrazione – hanno concluso che tale precedente non ha valenza generale ma deve essere inteso con riferimento alla sola materia del danno erariale (questione che involge in specifico l’utilizzazione del denaro pubblico), e dunque rilevante unicamente al fine di radicare la giurisdizione della Corte dei Conti.

In relazione all’attività di reclutamento del proprio personale, invece, per le SS.UU. non si ravvisa una tale equiparazione tra le società *in house* e le pubbliche amministrazioni, per cui deve essere mantenuta ferma la giurisdizione ordinaria, trattandosi di atti posti in essere da un soggetto di diritto privato nell’esercizio di poteri privatistici, soluzione che, invero, trova conferma anche nell’art. 19 del T.U. sulle società pubbliche 19 agosto 2016 n. 175, che ribadisce i principi della normativa del 2008<sup>6</sup> in ordine al reclutamento del personale da parte delle società a controllo pubblico. In particolare, il comma 4 dell’art. 19 prevede che: “resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale”.

In conclusione, si può guardare con favore alla posizione assunta dal Tar Campania nella sentenza *de qua*, la quale, alla luce anche dell’intervento in materia delle Sezioni Unite, nonché del Consiglio di Stato, ha ritenuto logico che l’adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società *in house* comporti l’applicazione del regime giuridico proprio dello strumento adoperato, laddove non vi siano ragioni ostative, ivi compresa la giurisdizione del Giudice ordinario in tema di procedure per il reclutamento del personale. Pertanto, le società *in house* restano sottoposte al diritto comune per tutti gli aspetti non espressamente derogati dal D.lgs. n. 175/2016.

<sup>3</sup> Cons. di Stato, Adunanza Commissione Speciale, 16 marzo 2016, n. 438.

<sup>4</sup> Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283.

<sup>5</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 2 novembre 2017 n. 5074.

<sup>6</sup> Art. 18 D.L. 112/2008.

## Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA LEGGE DI CONVERSIONE DEL DECRETO FISCALE 2019 E LE NOVITÀ NEL TESTO COLLEGATO ALLA LEGGE DI BILANCIO .....	186
di Maria Grazia Savastano	

NOVITÀ  
LEGISLATIVE



Maria Grazia Savastano  
Consigliere della Corte di Appello di Napoli

## La legge di conversione del decreto fiscale 2019 e le novità nel testo collegato alla legge di bilancio

### abstract

*Confirmations, amendments and additions in the measures for fiscal peace of the decree converted into Law December 17, 2018 n. 136 that provides greater benefits to deflation of tax disputes and general amnesty for formal irregularities.*

### keywords

*Fiscal Peace – Tax regularization – Tax disputes deflation.*

### abstract

*Conferme, novità ed integrazioni nelle misure della pace fiscale del decreto convertito con la legge 17 dicembre 2018, n. 136 con maggiori sconti per le liti e previsione della sanatoria delle irregolarità formali.*

### parole chiave

*Pace fiscale – Sanatoria – Definizione liti.*

### sommario

**1.** Considerazioni generali. – **2.** Modifica della soglia di accesso all'interpello sui nuovi investimenti. – **3.** Disciplina per la definizione agevolata dei processi verbali di constatazione. – **4.** Art. 2. Sanatoria e atti del procedimento di accertamento. – **5.** Rottamazione ter. – **6.** Condono delle mini- cartelle. – **7.** Super Rottamazione. – **8.** Definizione agevolata dei carichi affidati all'agente della riscossione a titolo di risorse proprie dell'Unione Europea. – **9.** Modifiche alla disciplina della definizione agevolata delle controversie tributarie. – **10.** Definizione agevolata per le Scd e Asd. – **11.** Irregolarità formali. – **11.1.** (*segue*) Considerazioni sulla nuova disciplina delle irregolarità formali. – **12.** Rapporti tra le misure della pace fiscale e gli strumenti ordinari di deflazione del contenzioso.

#### 1. Considerazioni generali

Il decreto legge n. 119 del 2018, decreto fiscale, è stato convertito con la legge n. 136/2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 293 del 18 dicembre 2018 che ha reso definitive tutte le misure previste dal decreto .

Durante l'iter parlamentare di conversione, con definitiva approvazione da parte della Camera senza

correzioni del testo votato dal Senato, sono state tuttavia introdotte alcune modifiche ed integrazioni.

Nel testo convertito accanto alle disposizioni fiscali e alle misure su rottamazione-ter, pace fiscale, stralcio mini-cartelle, fatturazione elettronica compaiono anche misure in materia sanitaria, trasporti, lavoro, ammortizzatori sociali (artt. 25-bis, 25-ter), caporalato (art. 25-quater), banda ultra-larga, fondi per eventi calamitosi, norme riguardanti il Terzo Settore (art. 24-ter), imposta sui trasferimento di capitali all'estero (art. 25-novies). Inoltre è stata inserita anche la proroga del cd. "buono bebè" (art. 23-quater), previsto per la promozione delle politiche per la famiglia, ovvero l'assegno per la natalità che l'INPS eroga alle famiglie con nuovi nati o adottati, nel rispetto di determinati parametri economici. Sono stati rafforzati i controlli fiscali con possibilità della Guardia di Finanza di accedere, in coordinamento con l'Agenzia delle Entrate, ai dati sui conti correnti.

L'impianto delle disposizioni in materia fiscale previste nel Titolo I è rimasto sostanzialmente lo stesso, sia pure con alcune modifiche ed integrazioni nelle singole norme: Capo I. Disposizioni in materia di pacificazione fiscale (artt. 1-9); Capo II. Disposizioni in materia di semplificazione fiscale e di innovazione del

processo tributario (artt. 10-16); Capo III. Altre disposizioni (art. 17-20).

È rimasto lo stesso nel suo complesso lo spirito del testo, generalmente percepito come il decreto sulla “pace fiscale”, improntato ad un’ottica compromissoria, e sono state confermate le misure di definizione agevolata e in larga misura condonistiche, comunque avulse da una seria riforma del sistema fiscale ed da un organico riordino della materia. Va, tuttavia, segnalata la totale riscrittura dell’art. 9, che prevedeva disposizioni in materia di dichiarazione integrativa speciale, con una nuova disciplina riferita alla sanatoria delle irregolarità formali.

La manovra è stata completata con l’aggiunta, alle cc.dd. nove vie della pace fiscale, contenute nel decreto e confermate dalla legge di conversione, della nuova misura della super rottamazione. Tale strumento di definizione, a saldo e stralcio dei debiti iscritti a ruolo per i soggetti in difficoltà economica, che costituisce una decima via complementare dell’impianto sulla pace fiscale, è stata introdotta tuttavia non con una aggiunta al decreto fiscale ma con apposite disposizioni contenute nella legge di bilancio 2019.

Di seguito le conferme e le principali novità relative alle disposizioni fiscali.

## 2. Modifica della soglia di accesso all’interpello sui nuovi investimenti

L’articolo 01 introduce una modifica all’art. 2 co.1 del D.lgs.147 del 14 settembre 2015, recante misure per la crescita e l’internazionalizzazione delle imprese che, in tema di interpello delle imprese sui nuovi investimenti, abbassa la soglia di accesso per le istanze presentate dal 1.1.2019 dall’originario ammontare, non inferiore a trenta milioni di euro, a quella dell’ammontare non inferiore a venti milioni di euro, ampliando, dunque, in misura consistente le possibilità di accesso a tale strumento. Trattasi dell’interpello che le imprese, che intendono effettuare investimenti nel territorio dello Stato e che abbiano ricadute occupazionali significative, in relazione all’attività in cui avviene l’investimento, e durature, possono presentare all’Agenzia delle Entrate sia in merito al trattamento fiscale del loro piano di investimento e delle eventuali operazioni straordinarie che si ipotizzano per la sua realizzazione – ivi inclusa, ove necessaria, la valutazione circa l’esistenza o meno di un’azienda – sia per la valutazione preventiva circa l’eventuale assenza di abuso del diritto fiscale o di elusione, per verificare la sussistenza delle condizioni per la disapplicazione di disposizioni antielusive e l’accesso ad eventuali regimi o istituti previsti dall’ordinamento tributario.

Risultando ampliata la portata di norme volte a ridurre le incertezze nella determinazione del reddito e della produzione netta e a favorire l’internazionalizza-

zione dei soggetti economici operanti in Italia<sup>1</sup>, risulta evidente l’intento di intensificare l’impulso per un sistema fiscale orientato alla crescita.

## 3. Disciplina per la definizione agevolata dei processi verbali di constatazione

Per tale misura, confermata nell’art. 1, rimangono le perplessità iniziali che ne avrebbero suggerito una revisione per rendere lo strumento di definizione fiscale più conveniente ed aumentarne le potenzialità.

La disciplina della definizione agevolata dei processi verbali di constatazione, prevista quando non risulti ancora notificato un avviso di accertamento o l’invito al contraddittorio, è rimasta pressoché identica con la sola precisazione, al comma 7 per il pagamento rateale, che le rate successive alla prima dovranno essere versate entro l’ultimo giorno di ciascun trimestre e che sulle rate successive alla prima saranno dovuti gli interessi legali, calcolati dal giorno successivo al termine per il versamento della prima rata.

Trattasi di precisazione opportuna poiché, essendo previsto per il pagamento rateale un massimo fino a 20 rate trimestrali, il lasso di tempo complessivo per la definizione è di ben 5 anni e pertanto risulta equa la previsione degli interessi rispetto alla alternativa del pagamento in unica soluzione.

Rimangono le perplessità collegate al rilievo marginale di tale misura di “sanatoria flash”, quale strumento che consente al contribuente che intenda avvalersene solo una possibilità di acquiescenza totale agli addebiti contestati nel verbale, senza possibilità di concentrare la definizione a singoli rilievi, come invece avviene, in generale, per il ravvedimento operoso. Tale caratterizzazione rappresenta comunque un limite della misura che, come strutturata, mantiene uno scarso *appeal*, con frustrazione dello scopo professato di comprimere i tempi di definizione dei verbali, conseguenti ad un’attività istruttoria esterna non ancora confluita in un atto impositivo.

Non è stato definitivamente chiarito se il contribuente possa decidere di avvalersi della definizione agevolata del pvc solo per una o alcune annualità e non per tutte quelle controllate nel pvc, pur non potendo scegliere i rilievi contestati all’interno di ciascuna di esse. In via interpretativa la soluzione positiva sembra preferibile, non solo perché rispettosa del principio dell’autonomia dell’obbligazione tributaria, relativa ad ogni singolo periodo di imposta, ma anche in virtù del principio di ragionevolezza, che impone di evitare una interpretazione restrittiva che finirebbe con il pregiudicare ulteriormente l’utilità e perciò le *chances* di scelta della misura.

<sup>1</sup> In attuazione della delega al Governo di cui alla legge 11 marzo 2014, n. 23, recante disposizioni per un sistema fiscale più equo e trasparente, in applicazione delle raccomandazioni degli organismi internazionali e dell’Unione europea.

Conseguentemente dovrebbe ritenersi che il limite di applicabilità previsto dalla normativa, costituito dalla recezione entro il 24 ottobre 2018 di un avviso di accertamento o di un invito a comparire, che impedisce di definire il pvc, costituisca causa ostativa solo per lo specifico periodo di imposta di riferimento e non per la totalità dei periodi oggetto di contestazione nel verbale.

Tuttavia nei rapporti tra la sanatoria dei pvc e l'istituto del ravvedimento operoso, che diversamente dal primo consente la definizione di singoli rilievi, non vi sono ragioni per escludere, in mancanza di espressa previsione contraria e di incompatibilità, che il contribuente, che abbia già provveduto a definire con il ravvedimento operoso singoli rilievi, possa poi definire il pvc così come già "depurato" dalla prima regolarizzazione e cioè per l'intero contenuto che residua dopo il ravvedimento operoso.

#### 4. Art. 2. Sanatoria e atti del procedimento di accertamento

Le disposizioni relative alla possibilità di definire in via agevolata gli avvisi di accertamento, di rettifica e di liquidazione, gli atti di recupero e gli inviti al contraddittorio e gli accertamenti con adesione<sup>2</sup>, notificati entro il 24 ottobre 2018 (data di entrata in vigore del decreto fiscale) sono rimaste identiche.

Va segnalato che, in attuazione della previsione dell'art. 2 co. 8 del decreto fiscale le regole per la definizione degli atti di accertamento sono state emanate dall'Agenzia delle Entrate, d'intesa con quella delle Dogane con il provvedimento del 9 novembre 2018, protocollo n. 298724/2018, che ha precisato nel dettaglio l'ambito applicativo della misura e le modalità pratiche della definizione.

Tale forma di sanatoria tuttavia si è ormai chiusa quasi del tutto prima della entrata in vigore della legge di conversione in quanto la definizione prevista dall'art. 2 poteva essere fatta entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto fiscale e cioè entro il 23 novembre 2018 per gli avvisi di accertamento, di rettifica, di liquidazione e per gli atti di recupero di cui al comma 1 dell'art. 2 del decreto fiscale e per gli inviti al contraddittorio di cui al comma 2, oppure nel termine anteriore del 13 novembre 2018 per gli accertamenti con adesione ex d.lgs. n. 218 del 1997, di cui al comma 3 dell'art. 2 del decreto fiscale, già sottoscritti entro la data di entrata in vigore del medesimo, per i quali, infatti, il perfezionamento andava effettuato entro il termine di cui all'art. 8 co.1 d.lgs 218 del 1997 (20 giorni) con la decorrenza dalla data di entrata in vigore del decreto fiscale. Hanno potuto usufruire di un termine più lungo i contribuenti che avevano presentato prima dell'entrata in vigore del decreto fiscale

<sup>2</sup> Il riferimento è agli inviti di cui all'art. 5 co. 1 lett. c), e all'art. 11 co.1 lett. b-bis del d.lgs. n. 218 del 1997 e agli accertamenti con adesione di cui agli artt. 2 e 3 del medesimo d.lgs.

solo istanza di accertamento con adesione ex d.lgs. n. 218 del 1997 (senza cioè arrivare alla sottoscrizione dell'adesione) poiché in questo caso, per la determinazione del termine di scadenza per poter fruire della definizione agevolata prevista dal decreto fiscale, occorre considerare 150 giorni (60 giorni ordinari per il ricorso più i 90 giorni di sospensione a seguito della presentazione dell'istanza di accertamento con adesione di cui al d. lgs 217/97).

L'unica aggiunta effettuata nell'art. 2 del decreto fiscale dalla legge di conversione è la proroga alle operazioni effettuate fino al 30 giugno 2022 dell'applicazione delle disposizioni in tema di IVA di cui al sesto comma, lettere b), c), d-bis), d-ter) e d-quater), dell'art. 17 del d.p.r. n. 633 del 1972 .

#### 5. Rottamazione ter

La misura prevista dall'art. 3 di definizione agevolata dei carichi pendenti, affidati all'agente della riscossione con riferimento al periodo dal 1 gennaio 2000 al 31 dicembre 2017 con abbattimento degli interessi e delle sanzioni<sup>3</sup>, non ha subito modifiche rilevanti tranne l'aumento del numero di rate. Infatti, ferma restando la possibilità di definizione in un'unica soluzione entro il 31 luglio 2019, nel caso di pagamento rateale il numero delle rate è aumentato da 10 a 18 con la precisazione che la prima e la seconda rata sono ciascuna di importo pari al 10 per cento delle somme complessivamente dovute ai fini della definizione e scadono rispettivamente il 31 luglio e il 30 novembre 2019 e che le restanti, di pari ammontare, scadono il 28 febbraio, il 31 maggio, il 31 luglio e il 30 novembre di ciascun anno a decorrere dal 2020.

Al comma 10 lett. f bis, sono state introdotte, inoltre, agevolazioni per il rilascio del DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva). La precedente lett. f) del medesimo comma 10 prevede che il debitore non è considerato inadempiente ai fini di cui agli articoli 28-ter e 48-bis del d.p.r. n. 602 del 1973. Tale ultima norma impone alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e alle società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a cinquemila euro, di verificare, anche in via telematica, se il beneficiario sia inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, di non procedere al pagamento fino a concorrenza della cifra a ruolo e di segnalare la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'at-

<sup>3</sup> Sono escluse tuttavia dalla misura le somme derivanti dal recupero degli aiuti di Stato, i crediti da condanna della Corte dei Conti, le sanzioni di carattere penale e le sanzioni diverse da quelle fiscali e contributive. Per le multe stradali la sanatoria riguarda solo gli interessi aggiuntivi, e non la sanzione dovuta.

tività di riscossione delle somme iscritte a ruolo.

La nuova normativa introdotta con la lett. f bis consente il rilascio del DURC a seguito della sola presentazione della domanda di definizione agevolata, purché sussistano gli altri requisiti di regolarità previsti dalla normativa vigente (v. art. 3, D.M. 30 gennaio 2015) sicché in tal caso i pagamenti della pubblica amministrazione non potranno essere sospesi con riferimento ai carichi inclusi nella domanda stessa. Si tratta di una deroga al principio generale in base al quale, in caso di inadempimento degli obblighi di versamento dei contributi, il DURC è rilasciato solo dopo l'adozione di un provvedimento di rateizzazione, adozione che non si considera perfezionata prima del pagamento della prima rata.

Dopo il comma 14 è stato inserito il comma 14-bis che prevede, con effetto agevolativo, che nei casi di tardivo versamento delle relative rate, non superiore a cinque giorni, l'effetto di inefficacia della definizione, previsto dal comma 14, non si produce e non sono dovuti interessi. La stessa disposizione di tolleranza del breve ritardo è richiamata con l'introduzione del comma 24-bis anche nel caso di tardivo versamento, non superiore a 5 giorni, delle rate differite ai sensi dei commi 21 e 24 in scadenza a decorrere dal 31 luglio 2019.

Al comma 2-bis è stata estesa fino al 30 giugno 2022 l'applicazione facoltativa del meccanismo di inversione contabile (*reverse charge*) a fini IVA per una serie di prodotti e servizi (fra i quali cessioni di tablet, console e pc), in coerenza con i nuovi termini fissati in sede UE: il meccanismo comporta che gli obblighi relativi all'applicazione dell'IVA debbano essere adempiuti dal soggetto passivo cessionario o committente, in luogo del cedente o del prestatore.

La sanatoria, invece, non è stata estesa anche ai tributi comunali (TASI e IMU).

## 6. Condono delle mini-cartelle

La misura relativa allo stralcio dei debiti fino a mille euro affidati agli agenti della riscossione dal 2000 al 2010, prevista all'art. 4 del decreto fiscale e denominata stralcio o condono delle mini cartelle è rimasta identica nella legge di conversione.

Essa ha determinato l'annullamento automatico alla data del 31 dicembre 2018 dei debiti di importo residuo fino mille euro comprensivo di capitali, interessi per ritardata iscrizione a ruolo e sanzioni, risultanti dai singoli carichi affidati agli agenti della riscossione dal 2000 al 2010.

Nessun adempimento è, infatti, previsto a carico del debitore che potrà verificare l'avvenuta cancellazione dei debiti delle mini cartelle consultando la propria posizione debitoria sul portale dell'Agenzia Entrate Riscossione.

I giudizi in corso, dunque, dopo la data del 31 dicembre 2018 possono essere definiti con pronuncia di

estinzione per cessazione della materia del contendere, rilevabile anche di ufficio, tenuto conto del rilievo pubblicistico che comporta la elisione della *res litigiosa* a seguito della definizione a mezzo condono.

Anche prima di tale data qualche pronuncia ha, invero, ritenuto di poter definire il giudizio in corso per il venir meno dell'interesse all'impugnazione<sup>4</sup>.

## 7. Super Rottamazione

L'ultimo tassello della pace fiscale è la definizione a "saldo e stralcio dei debiti iscritti a ruolo per i soggetti in difficoltà economica" che è stata introdotta dalla legge di bilancio 2019 ed è stata subito soprannominata "super rottamazione". I debiti definibili sono quelli risultanti dai singoli carichi affidati all'agente della riscossione dal 1 gennaio 2000 sino al 31 dicembre 2017 e cioè il medesimo periodo temporale considerato dalla rottamazione ter, derivanti dall'omesso versamento di imposte indicate nelle dichiarazioni annuali. Deve, quindi, trattarsi delle imposte dichiarate e non versate derivanti dalla liquidazione delle dichiarazioni effettuate ai sensi degli artt. 36-bis d.p.r. 600 del 1973 e 54-bis d.p.r. n. 622 del 1972. Il riferimento dovrebbe riguardare sia il mero recupero delle imposte dichiarate e non versate che la correzione di errori commessi dal contribuente (ad es. erronea indicazione di oneri deducibili).

Non sono ammesse le iscrizioni a ruolo derivanti dai controlli formali di cui all'art. 36-ter d.p.r. n. 600 del 1973 che hanno natura sostanzialmente accertativa.

Poiché si tratta di carichi già affidati all'agente della riscossione alla fine del 2017, a rigore sono escluse le partite oggetto degli avvisi bonari, relativi ad una fase che precede l'affidamento all'agente della riscossione, nonché i cc.dd. mini ruoli cioè gli importi non superiori a mille euro, affidati nel periodo dal 1.1.2000 al 31.12.2010 e già automaticamente azzerati alla data del 31.12.18 ai sensi dell'art. 4 del decreto fiscale. Anche se non vi è espressa indicazione della tipologia dei redditi da cui derivano i debiti tributari, il riferimento ai debiti IVA lascia intendere che possano beneficiare dello stralcio anche i tributi derivanti da debito di impresa poiché ciò che rileva è la natura del debitore che deve essere una persona fisica e non anche la qualifica del reddito.

Sono, inoltre, ammessi anche i contributi non versati alle Casse professionali o alla gestione separata INPS dei lavoratori autonomi. L'istanza deve essere presentata entro il 30 aprile 2019.

L'estinzione dei debiti interessa solo i soggetti persone fisiche (sono escluse le società e gli enti commer-

<sup>4</sup> Così Giudice di Pace di Afragola che ha ritenuto l'annullamento previsto per legge del debito, operando con efficacia immediata avrebbe determinato fin da subito, la inesigibilità del credito mentre solo la sua cancellazione, sarebbe stata differita per motivi tecnico contabili, alla data del 31.12.2018.

ciali o non) che versino in una grave e comprovata situazione di difficoltà economica (si fa riferimento all'indicatore della situazione economica equivalente, ISEE, del nucleo familiare non superiore a euro 20 mila), nonché, i soggetti in stato di sovraindebitamento che, indipendentemente dall'ISEE, hanno presentato la domanda di liquidazione di tutti i propri beni (art. 14-ter L. n. 3 del 2012).

Il beneficio, oltre al risparmio degli interessi e delle sanzioni, comporta una sensibile riduzione degli importi da versare che variano dal 16% al 35%, in base agli esiti dell'ISEE, e per i soggetti in stato di sovraindebitamento la percentuale per la definizione scende al 10%.

Come nelle varie discipline delle rottamazioni che si sono succedute, la liquidazione delle somme da pagare è effettuata dall'agente della riscossione con comunicazione inviata ai debitori entro il 31 ottobre 2019. Con la stessa comunicazione potrebbe essere notificato anche il rigetto dell'istanza per difetto delle condizioni di legge, ad es. per il superamento del limite ISEE oppure per la indicazione di debiti affidati oltre il limite temporale del 31 dicembre 2017 o diversi da quelli provenienti dalla liquidazione delle dichiarazioni annuali.

#### 8. Definizione agevolata dei carichi affidati all'agente della riscossione a titolo di risorse proprie dell'Unione Europea

La misura prevista dall'art. 5 del decreto fiscale, quale forma di rottamazione speciale, è rimasta immutata. Si è persa tuttavia l'occasione per chiarire il campo di applicazione, superando il contrasto di interpretazioni sulla inclusione o meno nelle risorse proprie dell'Unione ai fini di tale speciale rottamazione delle accise che, pur essendo disciplinate da disposizioni sovranazionali, non sono tuttavia destinate a finanziare spese comunitarie. Invero l'art. 2 della direttiva 2014/335/UE prevede in generale che sono comprese nelle risorse proprie dell'Unione Europea i prelievi, premi, importi supplementari o compensativi, importi o elementi aggiuntivi, dazi della tariffa doganale comune e altri dazi fissati o da fissare dal parte dell'Unione Europea per scambi con i Paesi terzi. Per le precedenti edizioni della rottamazione, malgrado alcune interpretazioni in senso contrario, risulta tuttavia che l'agente della riscossione abbia rigettato le istanze relative alle accise.

Per quanto non espressamente previsto dall'articolo sono applicabili le disposizioni ordinarie sulla rottamazione-ter, quale istituto generale di riferimento e, in mancanza di deroghe, deve ritenersi che si applichi la tolleranza del ritardo nel pagamento dei cinque giorni dalla scadenza di legge con mantenimento nel caso di tale breve ritardo dell'efficacia della procedura di definizione.

#### 9. Modifiche alla disciplina della definizione agevolata delle controversie tributarie

Va ricordato che la definizione agevolata delle liti pendenti, prevista dall'art. 6 del decreto convertito, si applica solo ai giudizi contro l'Agenzia delle Entrate anche se non occorre che tale ufficio sia l'unica parte processuale.

La norma nella nuova formulazione della legge di conversione è diventata più articolata e la misura di conciliazione più favorevole.

È stata confermata la possibilità di definire la lite con il pagamento di un importo pari al valore della controversia quando il ricorso è stato notificato.

È stata poi aggiunta la previsione di una riduzione dell'importo al 90% in caso di "ricorso pendente iscritto" in primo grado che, per come formulata, deve intendersi riferita all'ipotesi in cui vi sia già stata la costituzione in giudizio e quindi l'iscrizione a ruolo con il deposito del ricorso notificato e si è in pendenza della prima udienza di merito. La specificazione ha rilevanza perché quando l'atto impugnato è oggetto di reclamo-mediazione l'iscrizione a ruolo va effettuata non prima del decorso di 90 giorni dalla notifica del ricorso.

Deve, perciò, ritenersi che, se è intervenuta la notificazione ma non ancora l'iscrizione a ruolo, perché non è decorso il termine dei 90 giorni della procedura del reclamo mediazione, la definizione sia possibile solo con il pagamento del 100% delle imposte richieste. A tale ipotesi ritengo che vada parificata quella, che non di rado si verifica nella pratica, in cui, malgrado la pendenza del termine, il ricorrente abbia irregolarmente provveduto alla iscrizione, provvedendo al deposito del ricorso notificato prima del decorso del termine dei 90 giorni. Se, invece, vi è stata già regolare costituzione in giudizio (dopo il termine dei 90 giorni) dalla notifica del ricorso e si è ancora in pendenza della prima udienza di merito, allora la definizione è possibile con il pagamento di un importo inferiore, pari al 90% delle imposte richieste.

Lo scopo evidente di questa disposizione, non prevista nell'originario decreto, è quello di favorire la definizione anticipata con condizioni migliori senza intralciare la procedura pur sempre conciliativa del reclamo-mediazione.

In caso di soccombenza dell'Agenzia delle Entrate nell'ultima o unica pronuncia giurisdizionale non cautelare le controversie possono essere definite con il pagamento del 40% del valore della controversia (anziché della metà prevista nel decreto legge) in caso di soccombenza nella pronuncia di primo grado e del 15% (anziché della misura di 1/5 prevista nel decreto legge) in caso di soccombenza nella pronuncia di secondo grado.

È stata, poi, aggiunta una specifica previsione per l'ipotesi di accoglimento parziale (che invece mancava nel decreto legge), essendo stato previsto che, in caso

di accoglimento parziale del ricorso o comunque di soccombenza ripartita tra il contribuente e l'Agenzia delle Entrate, l'importo del tributo, al netto degli interessi e delle eventuali sanzioni, è dovuto per intero relativamente alla parte di atto confermata dalla pronuncia giurisdizionale e in misura ridotta, secondo le disposizioni di cui al comma 2, per la parte di atto annullata (nuovo comma 2-bis).

La previsione, chiara per il primo grado, non lo è altrettanto per i gradi successivi dove può intervenire un parziale giudicato interno per mancata impugnazione incidentale su una parte dell'originaria pretesa, in relazione alla quale vi sia stato accoglimento in primo grado. In tal caso, a rigore, dovrebbe ritenersi che, introdotto l'appello, per l'istituto della definizione della lite pendente le nuove regole dovranno applicarsi non al valore dell'originaria pretesa, esistente al momento della introduzione in primo grado della lite, ma alla sola somma rimasta oggetto di lite in appello, ridotta a seguito dell'intervenuto giudicato su parte della pretesa, per la quale non sarà più possibile alcuna definizione della lite poiché non vi è più lite pendente.

È stato, inoltre, previsto nella legge di conversione, con l'aggiunta all'art. 6 del comma 2 ter, che le controversie tributarie pendenti innanzi alla Corte di Cassazione, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (19 dicembre 2018), per le quali l'Agenzia delle Entrate risulti soccombente in tutti i precedenti gradi di giudizio (doppia sentenza di merito favorevole per il contribuente) possano essere definite con il pagamento di un importo pari al 5 per cento del valore della controversia (nuovo comma 2-ter).

Malgrado il dato letterale, già i primi commentatori hanno sollevato dubbi interpretativi sulla portata di tale ultima previsione in merito al fatto che alla data di entrata in vigore della legge di conversione il ricorso per cassazione debba essere stato solo notificato al contribuente oppure sia necessaria anche la costituzione in giudizio dell'ufficio finanziario e se sia sufficiente che i termini di impugnazione della sentenza di appello non siano ancora scaduti e questo al fine di evitare che il beneficio possa dipendere dalla tempestività del ricorso dell'Agenzia o addirittura dalla sua più o meno rapida costituzione in giudizio. Non penso, tuttavia, che sia superabile il dato letterale, riferito alla pendenza del giudizio per cassazione e pertanto alla costituzione in giudizio dell'ufficio sicché per le altre ipotesi deve ritenersi che il contribuente potrà beneficiare solo della percentuale del 15%.

Altri dubbi si pongono nella disciplina per i giudizi a seguito alle pronunce della Corte di Cassazione con rinvio al giudice di appello, stante la mancanza di specifiche disposizioni.

A rigore, in mancanza di espressa deroga, dovrebbe applicarsi la regola generale stabilita al primo comma

dell'art. 6 secondo cui le controversie attribuite alla giurisdizione tributaria in cui è parte l'Agenzia delle Entrate, aventi ad oggetto atti impositivi, pendenti in ogni stato e grado del giudizio, compreso quello in Cassazione e anche a seguito di rinvio possono essere definite con il pagamento di un importo pari al valore della controversia<sup>5</sup> e dunque del 100% del valore della lite.

Se, invece, si volesse valorizzare quanto precisato nella relazione al decreto, sul fatto che nel caso di sentenza della Cassazione con rinvio, la controversia si considera pendente in primo grado senza decisione, allora, tenuto conto delle modifiche apportate in sede di conversione che hanno previsto che, per i ricorsi pendenti in primo grado, la definizione possa avvenire con il pagamento del 90%, dovrebbe potersi ritenere che anche i rinvii della Cassazione possano essere chiusi con il pagamento della medesima percentuale del 90%.

La norma resta identica per il resto. È stata estesa oltre che agli enti territoriali anche ai loro enti strumentali la facoltà di applicare le disposizioni del decreto fiscale convertito alle controversie tributarie di cui è parte l'ente (art. 6 comma 16).

#### 10. Definizione agevolata per le Scd e Asd

È rimasta identica la disciplina dell'art. 7 del decreto che prevede una possibilità di definizione agevolata più favorevole degli atti di accertamento, inviti al contraddittorio ed accertamenti con adesione e delle liti pendenti per le società e le associazioni sportive dilettantistiche (Scd e Asd) fondata sul requisito soggettivo della iscrizione al CONI entro il 31.12.17 e sui requisiti oggettivi a) della ricorrenza di un atto di accertamento notificato entro il 24 ottobre 2018 (entrata in vigore del decreto fiscale) e b) del limite inferiore a euro 30.000 per ciascuna imposta accertata o contestata per ogni esercizio.

Resta salva la possibilità per tali soggetti, in mancanza delle condizioni soggettive e del limite oggettivo di valore, di avvalersi comunque della sanatoria ordinaria.

#### 11. Irregolarità formali

L'art. 9 del decreto, che conteneva la disciplina della dichiarazione integrativa speciale, è stato del tutto sostituito con un ridimensionamento della pace fiscale.

Invero, piuttosto che correggere e migliorare un testo contorto, si è preferita la strada di abrogare la misura. Senza dichiarazione integrativa speciale non sarà più possibile regolarizzare gli importi omessi nella

<sup>5</sup> Il valore della controversia richiamato è quello stabilito ai sensi del comma 2 dell'art. 12 del d. lgs. 546 del 1992 pari importo del tributo al netto degli interessi e delle eventuali sanzioni irrogate con l'atto impugnato e in caso di controversie relative esclusivamente alle sanzioni dalla somma di queste.

dichiarazione dei redditi e i contribuenti in debito potranno sanare solo quanto dichiarato al fisco.

È così venuto a mancare uno strumento di ravvedimento operoso speciale per il contribuente che operava a prescindere dall'impulso dell'Amministrazione finanziaria sicché nell'attuale regime la possibilità di ravvedimento rimasta può ravvisarsi ormai solo con riferimento alla definizione del processo verbale di constatazione, che non ha tuttavia la stessa attrazione, dal momento che non consente di definire singoli rilievi.

L'attuale formulazione dell'art. 9 è dedicata alla sanatoria delle "irregolarità formali", definite come le "irregolarità, le infrazioni e le inosservanze di obblighi o adempimenti, di natura formale, che non rilevano sulla determinazione della base imponibile ai fini delle imposte sui redditi, dell'IVA e dell'IRAP e sul pagamento dei tributi, commesse fino al 24 ottobre 2018".

L'ambito di applicazione di questa sanatoria delle irregolarità formali risulta in prima battuta molto ampio, venendo a comprendere tutte le violazioni che non incidono sul pagamento di tributi né sulla determinazione della base imponibile<sup>6</sup>.

Le irregolarità possono essere regolarizzate con il pagamento di una somma pari ad euro 200 per ciascun periodo d'imposta, cui si riferiscono le violazioni, in due rate di pari importo da versare entro il 31 maggio 2019 e il 2 marzo 2020.

Solo con l'avvenuto pagamento delle somme dovute e con la rimozione delle irregolarità od omissioni si perfeziona la regolarizzazione. Non rientrano nella sanatoria gli atti di contestazione o irrogazione delle sanzioni emessi nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria, nonché le violazioni già contestate in atti divenuti definitivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione (19 dicembre 2018).

Ponendo fine alle polemiche che hanno agitato il dibattito preliminare alla manovra economica del governo, all'art. 9 comma 5 è stato espressamente stabilito che la regolarizzazione non può essere utilizzata per la emersione di attività finanziarie e patrimoniali costituite o detenute fuori del territorio dello stato.

### 11.1. (segue) Considerazioni sulla nuova disciplina delle irregolarità formali

La formulazione della norma è stata subito criticata dai primi commentatori per i problemi che pone nella

<sup>6</sup> Già in passato sono stati adottati interventi di sanatoria di irregolarità formali e di infrazioni minori in materia tributaria tra cui le previsioni della legge n. 882 del 1980 sulla "sanatoria di irregolarità formali e di minori infrazioni in materia tributaria; l'art. 21 d.l. 69 del 1989 cov. Con l. 154 del 1989 per "le irregolarità, le infrazioni e le inosservanze di obblighi o adempimenti, anche se connessi all'esercizio di facoltà diverse dalle opzioni, che non rilevano ai fini della determinazione del reddito e dell'imposta sul valore aggiunto; la sanatoria delle irregolarità formali nelle dichiarazioni dei redditi e nelle dichiarazioni IVA, disposta dall'art. 19 bis del d.l.41 del 1995 cov. Con l. n. 85 del 1995.

esatta individuazione dell'ambito di applicazione delle irregolarità formali.

Ed effettivamente il testo non è del tutto chiaro poiché anche la distinzione tra le violazioni formali e quelle sostanziali non sempre è agevole.

A rigore sono sostanziali le violazioni che incidono proprio sulla determinazione dell'imponibile o sulla misura del tributo versato o su entrambe e formali quelle che non comportano tale incidenza.

È utile ricordare che le disposizioni del d.lgs n. 472 del 1997 prevedono per la contestazione delle infrazioni di natura formale l'atto di contestazione di cui all'art. 16 mentre per le contestazioni sostanziali l'atto di irrogazione immediata di cui all'art. 17 del medesimo d.lgs., utilizzato proprio per contestare le violazioni collegate alla debenza del tributo.

Tra queste tuttavia ha senso prevedere la sanatoria solo per quelle che, pur non incidendo sulla base imponibile e sul versamento del tributo, arrechino tuttavia pregiudizio alle azioni di controllo e quindi a tali fine siano comunque sanzionate, atteso che, in caso diverso per le violazioni cioè "meramente formali", non essendovi punibilità neppure può parlarsi di sanatoria.

Tenuto conto di tale criterio evidente, rientrano sicuramente nella previsione normativa le violazioni formali punite dall'art. 8 del d. lgs. n. 471 del 1997 con la sanzione fissa; gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 11 del medesimo decreto per le comunicazioni periodiche e di quelle dei dati delle fatture, le violazioni relative all'inversione contabile quando l'imposta è assolta dalla controparte (art. 6, commi 9-bis1 e 9-bis2), l'omessa presentazione del modello F24 a saldo zero, l'omessa comunicazione di inizio o variazione dell'attività, la presentazione della stessa con dati incompleti o errati, l'omessa fatturazione che non abbia inciso sulla liquidazione periodica del tributo, erronea liquidazione IVA in misura superiore a quella effettiva in assenza di frode, l'omessa presentazione degli studi di settore.

Ma i confini tra le violazioni formali, che rientrano nella sanatoria, e le violazioni meramente formali, non interessate, non sempre sono chiari poiché manca nel nostro ordinamento una definizione positiva di violazione formale e dipendendo pertanto la relativa individuazione dal parametro dei controlli e dalle interpretazioni fornite. La stessa Agenzia delle Entrate con la circolare 77/E/ 2001 ha precisato che gli uffici devono valutare in concreto se la violazione abbia arrecato pregiudizio all'attività di controllo sicché la valutazione dovrebbe essere effettuata caso per caso e con margini di discrezionalità che vanno a discapito della trasparenza e certezza, soprattutto per l'assenza di adeguata esemplificazione per categorie e in considerazione del fatto che potenzialmente quasi tutte le violazioni potrebbero incidere sull'attività di controllo.

La portata della sanatoria generale delle irregolarità formali è tuttavia prevedibilmente assai modesta,

tenuto conto degli effetti del meccanismo del cumulo giuridico delle sanzioni previsto dal d.lgs. n. 472 del 1997, art. 12, che, nel concorso di violazioni e continuazione (per chi commette anche con più azioni ed omissioni diverse violazioni formali della medesima disposizione) rende applicabile la sanzione che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave che, aumentata dal quarto al doppio, è comunque definibile ad un terzo. Tale meccanismo, che ha già apprezzabilmente ridotto l'entità della misura concretamente irrogata, ove si determini un concorso con le violazioni sostanziali, che prevedono la sanzione più grave, comporta il totale assorbimento della sanzione meno grave per le violazioni formali, che rende in tal caso del tutto inutile la nuova sanatoria.

## 12. Rapporti tra le misure della pace fiscale e gli strumenti ordinari di deflazione del contenzioso

Gli strumenti della pace fiscale non escludono la possibilità del ricorso agli ordinari istituti di deflazione del contenzioso, ponendosi solo quali rimedi alternativi.

Come già accennato nel paragrafo sub 3, per definire i processi verbali al contribuente è concesso ordinariamente di avvalersi del ravvedimento operoso, i cui costi sono invero superiori a quelli necessari per la pace fiscale, tuttavia il ricorso alla procedura ordinaria, che opera con la presentazione di una dichiarazione integrativa, potrebbe risultare più conveniente per coloro che dispongono di perdite pregresse oppure di crediti da compensare (non utilizzabili con lo strumento di pace fiscale), pure includendo interessi e sanzioni, ed è l'unico strumento per definire solo singoli rilievi.

Per gli accertamenti l'ordinaria misura deflattiva è quella prevista dall'art. 15 del D.lgs. n. 218 del 1997 che consente al contribuente, che abbia ricevuto un avviso di accertamento, di liquidazione o di rettifica, di ottenere una riduzione delle sanzioni, ferma restando la maggiore imposta pretesa dal fisco, se rinuncia all'impugnazione e formuli istanza di accertamento con adesione, provvedendo a pagare, entro il termine per la proposizione del ricorso, le somme complessivamente dovute, tenuto conto della predetta riduzione.

Non vi è dubbio che la misura prevista dalla pace fiscale sia più conveniente rispetto a tale acquiescenza ordinaria poiché il contribuente con la definizione agevolata prevista dall'art. 2 del decreto fiscale convertito può beneficiare della esclusione delle sanzioni e degli interessi, oltre che di un maggior termine di dilazione per il pagamento delle somme dovute. L'unico inconveniente resta per l'impossibilità di utilizzare le perdite in riduzione e i crediti in compensazione e la necessità di liquidità per aderire alla pace fiscale.

Per la definizione delle liti pendenti la misura della pace fiscale è una alternativa allo strumento ordinario dell'accordo di mediazione e della conciliazione, che

consentono la riduzione delle sanzioni dovute che si aggiungono all'imposta e agli interessi. La convenienza degli strumenti ordinari, invero, rispetto alla pace fiscale dipende dalla entità dell'abbattimento dell'imponibile che essi possono comportare nelle singole ipotesi di accordo.

La scelta, dello strumento di definizione non potrà, dunque, prescindere dall'attenta analisi dei costi-benefici correlati alle singole ipotesi concrete.



## Recensioni

“DIRITTO COSTITUZIONALE”  
di Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella, G. Giappichelli Editore, 2018 ..... 196  
di Martina Parra



## "Diritto Costituzionale"

di Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella, G. Giappichelli Editore, 2018

Il Bin Pitruzzella è uno dei manuali di diritto pubblico e costituzionale maggiormente utilizzato nelle Università italiane. Il libro "Diritto costituzionale" di Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella si configura come una guida classica per tutti gli studenti di giurisprudenza, in particolare è ideale per i giovani che si avvicinano per la prima volta allo studio del diritto costituzionale poiché chiarisce i punti cardine del sistema costituzionale italiano odierno. Il volume è scritto con la consapevolezza che gli studenti alle prime armi con la materia giuridica possono essere privi di nozioni di diritto, per tale ragione le basi del diritto e le relative delucidazioni sono semplici e lineari, i termini utilizzati sono perfettamente comprensibili e le definizioni sono facilmente memorizzabili. Il diritto costituzionale è una fra le primissime materie del percorso di studi giuridici e talvolta potrebbe inizialmente apparire alquanto ostico e complesso, ma la schematizzazione utilizzata dagli autori di *Diritto Costituzionale* per presentare e spiegare i concetti semplifica di gran lunga il lavoro dello studente, agevolandone la comprensione e la memorizzazione.

Il testo propone l'apprendimento di nozioni oggettivamente difficili in maniera semplice e graduale, affronta in modo esaustivo la materia del diritto costituzionale, a partire dall'introduzione al diritto, l'organizzazione statale, (Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica, Magistratura, Regioni), fino ad approfondire non solo i temi classici come le fonti del diritto (statali, europee, locali), i diritti e le libertà, l'amministrazione della Giustizia, ma anche argomenti estremamente attuali come la devoluzione, il decentramento amministrativo e il federalismo. Inoltre il libro di testo è ricco di spunti di riflessione che inducono con entusiasmo il lettore a confrontare le nozioni apprese con eventi realmente accaduti, si rivela completo ed organico in ogni argomento e la peculiarità che lo contraddistingue dagli altri manuali in commercio è l'assenza di pesantezza, non è mai risultata prolissa, né ripetitiva. Il volume è dotato di capacità sintetica, spiega la materia giuridica con semplicità, il testo risulta molto chiaro, Tuttavia nulla è lasciato al caso, le tematiche sono di facile comprensione, il testo si sofferma sui tratti salienti, gli argomenti trattati

seguono costantemente un filo logico e viene trascurata accuratamente ogni banalità. Gli argomenti sono affrontati in modo completo ed esaustivo, compreso il tema della giustizia costituzionale ed il testo è aggiornato ai più importanti avvenimenti istituzionali degli ultimi mesi.

Tuttavia, si tratta di un volume davvero utile, interessante e scorrevole, vivamente consigliato soprattutto poiché denso di approfondimenti ed esempi che permettono di comprendere con passione e senza difficoltà le fondamenta del diritto costituzionale, indispensabili per conoscere a tutto tondo la realtà in cui viviamo.



## Indice delle sentenze

### Diritto Civile

#### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., Sez. II, 06.12.2018, n. 31632 s.m.  
 Cass., sez. V, 07.12.2018, n. 31742 s.m.  
 Cass., sez. un., 19.12.2018, n. 32781 s.m.  
 Cass., sez. III, 20.12.2018, n. 32934  
 (con nota di Alfano)  
 Cass., sez. lav, 10.01.2019, n. 451 s.m.  
 Cass., sez. I, 30.01.2019, ord. n. 2723 s.m.  
 Cass., sez. III, 31.01.2019, n. 2788  
 (con nota di Orlando)  
 Cass., sez. I, 30.01.2019, ord. n. 2658 s.m.  
 Cass., sez. lav, 08.02.2019, n. 3822 s.m.

#### TRIBUNALE

- Trib. Nocera Inferiore, 10.09.2018 s.m.  
 Trib. Bologna, 20.09.2018 s.m.  
 Trib. Roma, 26.09.2018 s.m.  
 Trib. Ancona, 16.10.2018 s.m.  
 Trib. Castrovillari, 23.10.2018 s.m.  
 Trib. Ferrara, 21.11.2018 s.m.  
 Trib. Avellino, 22.11.2018 s.m.  
 Trib. Parma, 23.11.2018 s.m.  
 Trib. Velletri, 03.12.2018 s.m.  
 Trib. Crotone, 04.12.2018 s.m.  
 Trib. Piacenza, 13.12.2018 s.m.  
 Trib. Mantova, 08.01.2018 s.m.  
 Trib. Torre Annunziata, 15.01.2019 s.m.  
 Trib. Roma, 16.01.2019 s.m.  
 Trib. Napoli, sez. II, 23.01.2019, n. 821 s.m.  
 (con nota di Buonfantino)  
 Corte App. Potenza, 31.01.2019, n. 47 s.m.  
 (con nota di Auletta)  
 Trib. Brescia, 31.01.2019 s.m.

### Diritto Penale

#### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. 6, sent. 27.11.2018, n. 56737  
 (con nota di Bellotti)  
 Cass., sez. 3, sent. 9.11.2018, n. 55028 s.m.  
 Cass., sez. un., sent. 25.10.2018, n. 6141  
 (con nota di Pignatelli)  
 Cass., sez. 2, sent. 9.10.2018, n. 53373 s.m.

- Cass., sez. 5, sent. 3.10.2018, n. 55894 s.m.  
 Cass., sez. 3, sent. 3.10.2018, n. 54357 s.m.  
 Cass., sez. 3, sent. 4.10.2018, n. 54693 s.m.  
 Cass., sez. 5, sent. 28.09.2018, n. 54496 s.m.  
 Cass., sez. un., sent. 27.09.2018, n. 51063  
 (con nota di Noschese)  
 Cass., sez. 5, sent. 26.09.2018, n. 54490 s.m.  
 Cass., sez. 2, sent. 18.09.2018, n. 55216 s.m.  
 Cass., sez. 5, sent. 18.06.2018, n. 53409 s.m.  
 Cass., sez. 5, sent. 5.06.2018, n. 54465 s.m.

#### CORTE DI APPELLO

- Napoli, sez. I, sent. 28.11.2018, n. 9010 s.m.  
 Napoli, sez. I, sent. 28.11.2018, n. 9003 s.m.

#### TRIBUNALE

- Nola, G.M., sent. 10.12.2018, n. 3014 s.m.  
 Napoli, G.M., sent. 13.11.2017, n. 11994 s.m.  
 Nola, G.M., decreto 7.11.2018, n. 2091 s.m.  
 Nola, G.o.t., sent. 25.10.2018, n. 2507 s.m.  
 Nola, G.M., sent. 19.10.2018, n. 2416 s.m.  
 Nola, G.M., sent. 17.09.2018, n. 10099 s.m.  
 Napoli, sez. I, sent. 6.07.2018, n. 9928 s.m.  
 Napoli, sez. I, sent. 19.06.2018, n. 9271 s.m.  
 Napoli, G.M., sent. 30.01.2018, n. 1698 s.m.

#### G.I.P./ G.U.P.

- Nola, G.I.P., ord. 23.01.2019, n. 7926 s.m.

### Diritto amministrativo

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

- T.A.R. Napoli, sez. III, 19/11/2018, n. 6648 s.m.  
 T.A.R. Roma, sez. III, 19/11/2018, n. 11184 s.m.

#### CONSIGLIO DI STATO

- Cons. di Stato, sez. V, 09/11/2018, n. 6323 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 21/11/2018, n. 6576 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. III, 29/11/2018, n. 6786 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 20/12/2018, n. 7170 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. III, 22/11/2018, n. 6611 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. III, 12/12/2018, n. 7023 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. III, 13/12/2018, n. 7039 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 14/12/2018, n. 7056 s.m.

Cons. di Stato, sez. III, 18/12/2018, n. 7129 s.m.  
Cons. di Stato, sez. V, 14/12/2018, n. 7057 s.m.  
Cons. di Stato, sez. V, 23/11/2018, n. 6633 s.m.  
Cons. di Stato, sez. V, 10/12/2018, n.6943 s.m.  
Cons. di Stato, sez. III, 28/11/2018, n.6752 s.m.

### Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE  
Cass., sez. V, 13.04.2018, n. 9214  
(con nota di Salerno)

### Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione Europea

CORTE DI GIUSTIZIA  
Corte Giust., Prima Sezione, C535/17, 06.02.2019  
Corte Giust., Terza Sezione, C430/17, 23.01

# Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale  
di diritto

- ▶ commerciale
- ▶ tributario
- ▶ civile
- ▶ penale
- ▶ amministrativo
- ▶ internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico  
a dieci anni dal *caso Napoli*

**FRANCESCO FIMMANÒ**

La disciplina degli stupefacenti alla luce  
della recente giurisprudenza costituzionale

**ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA**

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione  
delle cause di esclusione nella disciplina  
dei contratti pubblici

**FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO**

**DATI DEL DESTINATARIO**

nuovo abbonamento  rinnovo l'abbonamento

prezzo di copertina  
**20,00 euro**

*sei numeri della rivista  
comodamente a casa tua*

abbonamento ordinario  
**90,00 euro**

L'abbonamento è valido dal mese  
successivo alla sottoscrizione

**infoline**  
+39 081 556 40 86

cognome o ragione sociale

nome

partita iva e/o codice fiscale

e-mail

indirizzo

n.

cap

città

pr

tel.

Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

**Modalità di pagamento**  
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie > Giapeto Editore Surl  
UNICREDIT  
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 556 40 86

@ **per email** a: info@giapeto.it