

Giapeto Editore

Gazzetta **FORENSE**

Marzo - Aprile 2019

FINTECH: un nuovo settore dell'ordinamento
giuridico ed economico

FRANCESCO FIMMANÒ, GIOVANNI FALCONE

Brevi note sulla rinuncia alla proprietà, tra categorie
dogmatiche e istanze pratiche

FRANCESCO MEGLIO

Il nuovo trattamento sanzionatorio per i reati in
materia di stupefacenti. *Disegno di legge n. 1128*

SIMONA ADUASIO

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 12 - Numero 2 - Marzo/Aprile 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, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nistri, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Federico Sergio, Enza Sonetti, Giorgia Viola

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

FINTECH: UN NUOVO SETTORE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ED ECONOMICO	205
di Francesco Fimmano e Giovanni Falcone	

Diritto e procedura civile

BREVI NOTE SULLA RINUNZIA ALLA PROPRIETÀ, TRA CATEGORIE DOGMATICHE E ISTANZE PRATICHE	212
di Francesco Meglio	
STRATEGIE AZIENDALI E TUTELA DEL CONSUMATORE: IL CASO APPLE	222
di Nicola Barbuzzi	
IL RIGOROSO IMPIEGO DELLA TUTELA D'URGENZA EX ART. 700 C.P.C. NELLE IMPUGNATIVE DEI LICENZIAMENTI. <i>Nota a Trib. di Napoli, ordinanza 6 novembre 2018</i>	231
di Marzia Mingione	
LICENZIAMENTO DISCIPLINARE: IL RITARDO NOTEVOLE E NON GIUSTIFICATO DELLA CONTESTAZIONE DELL'ADDEBITO. <i>Nota a Cass., sez. un., sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017</i>	241
di Nunzia Tesone	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	251
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	255
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

Diritto e procedura penale

IL TRASFERIMENTO DEI PROCEDIMENTI PENALI ALL'ESTERO NEL QUADRO DEI RAPPORTI GIUDIZIARI INTERNAZIONALI. NOTE IN CALCE AL D.LGS. 3 OTTOBRE 2017, N. 149, RECANTE DISPOSIZIONI DI MODIFICA DEL LIBRO XI DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE IN MATERIA DI RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERA	260
di Sergio Ricchitelli	
IL NUOVO TRATTAMENTO SANZIONATORIO PER I REATI IN MATERIA DI STUPEFACENTI. <i>DISEGNO DI LEGGE N. 1128</i>	267
di Simona Aduasio	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	271
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	275
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	278
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE <i>(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)</i>	284
a cura di Almerina Bove	

Diritto tributario

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE	288
a cura di Maria Pia Nastri	

Giustizia contabile

PROBLEMI VECCHI E NUOVI DEL FONDO PLURIENNALE VINCOLATO	392
di Tiziano Tessaro	
LA <i>TRANSLATIO IUDICII</i> NEL GIUDIZIO CONTABILE, ALCUNI PROFILI APPLICATIVI. <i>Nota a Corte dei conti, Sezione III app., 14 dicembre 2018, n. 464</i>	299
di Berardino Bontempi	

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	322
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce	

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Servizio pre-ruolo prestato presso istituto scolastico paritario: è riconoscibile ai fini della mobilità territoriale?	328
di Alessandra Iannella	

DIRITTO PENALE

I riflessi del <i>ne bis in idem</i> convenzionale sul doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato.	331
di Giacomo Romano	

DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'ordine di demolizione delle opere abusive: questioni in tema di sequestro penale preventivo dell'opera e di tempestività del deposito della produzione documentale nel processo amministrativo telematico.	336
di Sascha Ferrillo	

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LE PRINCIPALI NOVITÀ INTRODOTTE DALLA RIFORMA CD. <i>SPAZZA-CORROTTI</i>	342
di Silvia Forestieri	

LA LEGGE 9 GENNAIO 2019, N. 3. BREVE COMMENTO AD ALCUNE RILEVANTI INTRODUZIONI	349
di Alessandro Maria Solivetti	

Recensioni

IL CONTRATTO

di Roberto Giovagnoli - Itaedizioni 2019	368
di Giuliano Mattace	

INDICE DELLE SENTENZE	370
-----------------------------	-----

Francesco Fimmanò

Professore Ordinario di Diritto Commerciale – Direttore scientifico l'Università Mercatorum

Giovanni Falcone

Straordinario di Diritto dell'Economia Università Telematica Pegaso

Editoriale

FINTECH: un nuovo settore dell'ordinamento giuridico ed economico

1. Tra i filoni di ricerca degli Atenei di riferimento di questa Rivista spicca la *Tecnofinanza*, o *Tecnologia Finanziaria* (in inglese appunto *Financial Technology* o *FinTech*), ossia il settore dell'ordinamento giuridico ed economico riguardante la fornitura di servizi e prodotti finanziari attraverso le più avanzate tecnologie dell'informazione (ICT). "FinTech" è una espressione con la quale ci si intende riferire *ellitticamente* alla applicazione delle "nuove tecnologie" alla prestazione di servizi finanziari intesi in senso ampio; una espressione che rappresenta il paradigma e la cifra del nuovo tipo di relazione tra mercato finanziario e innovazione tecnologica.

A questa *immagine* linguistica risponde peraltro un aggregato, non sempre omogeneo, di temi che, al tempo stesso, rappresentano epifenomeni economici e problemi di politica del diritto: il rapporto tra nuove tecnologie e servizi finanziari (intesi in senso ampio), infatti, suscita necessariamente anche una domanda di regolazione, che si proietta in nuovi scenari di diritto del mercato finanziario, e, soprattutto, nella definizione e nella regolamentazione dei soggetti che ne costituiscono gli attori.

Sarebbe peraltro un errore prospettico grave considerare Fintech semplicemente come una "formula riassuntiva" del rapporto elettivo tra tecnologia e servizi finanziari: un tale rapporto, infatti, è sempre esistito. Ciò che invece appare l'elemento caratterizzante la situazione attuale non è il semplice utilizzo della tecnologia da parte degli intermediari del mercato finanziario, ma il fatto che la variante tecnologica non si ponga più come meramente strumentale allo svolgimento di attività "tradizionali". Essa, al contrario, è già qui ed ora in grado di "riconfigurare" quel mercato, i suoi attori, le sue regole, e le stesse modalità e strutture della attività di vigilanza che su quel mercato e su quei soggetti andrà dispiegandosi.

In altri termini, FinTech investe nel contempo non soltanto la evoluzione del mercato finanziario (imponendone, per certi versi, finanche una diversa configurazione), ma anche, a pieno titolo, il rapporto tra di-

ritto e tecnologia (o innovazione tecnologica): si tratta quindi di un vero e proprio laboratorio giuridico, che costituisce una delle frontiere più avanzate di indagine per il diritto dell'economia.

La tendenza di crescita della *Tecnofinanza* è esponenziale: dai 930 milioni di dollari di valore del 2008, il settore è arrivato ai 12 miliardi di dollari del 2014 oggi più che raddoppiati. I servizi a cui può applicarsi la tecnofinanza sono, sostanzialmente, tutti quelli della finanza tradizionale, dalle transazioni e pagamenti all'intermediazione finanziaria, fino alla gestione del rischio finanziario e alle valute elettroniche. Volendo individuare gli ambiti possiamo far riferimento alle criptovalute e al denaro digitale (*Bitcoin*, *Ethereum*, *Waves*, *Monero* etc.), alle ICO (*Initial Coin Offer*), alle Tecnologie della *blockchain*, alla tecnologia DLT (*distributed ledger technology*) ossia archivi di dati i cui *records* sono pubblici su una rete di computer e senza la necessità di un registro centrale, agli *Smart Contract* (spesso utilizzando la *blockchain* programmi che eseguono automaticamente contratti tra acquirenti e venditori) all'*Open banking* appoggiato alla *blockchain* (applicazioni che creano un servizio tramite una rete connessa di istituzioni finanziarie e fornitori di terze parti), alla sicurezza informatica, tramite o stoccaggio decentralizzato di dati, e sistemi antifrode, all'*Insurtech*, tecnologia per semplificare il settore assicurativo, al *Regtech*, per soddisfare le regole di conformità del settore dei servizi finanziari, agli algoritmi per automatizzare la consulenza sugli investimenti per ridurre i costi e aumentare l'accessibilità ed infine al "*net terzo settore*" per fornire servizi non bancari/*underbanked*, destinati ad individui svantaggiati o che sono ignorati dalle imprese bancarie e di servizi finanziari tradizionali.

Ma occorre peraltro anche domandarsi quale sia il significato concreto della espressione: infatti, nel suo riferimento ad un mutamento che trae la sua spinta ed il proprio sostegno dalla innovazione tecnologica, "FinTech" pone anche, e forse innanzi tutto, un problema di individuazione dei confini e dei perimetri

della relativa nozione.

Ciò spiega in buona misura il moltiplicarsi dei tentativi, a diversi livelli ed in differenti contesti, di pervenire ad una definizione condivisa del fenomeno; e spiega, soprattutto, il crescente interesse per la materia manifestato tanto dalle autorità di settore quanto dalle istituzioni europee (si pensi, in particolare, al c.d. *FinTech Action Plan*, presentato dalla Commissione Europea nel marzo 2018).

Deve comunque prendersi atto che l'attuale riflessione scientifica, più che tendere alla elaborazione di una teoria generale, rivolge maggiore attenzione (proprio, si direbbe, in conseguenza della difficoltà di pervenire ad una nozione unitaria e condivisa del fenomeno generale) alle singole, particolari, tematiche nelle quali FinTech viene correntemente a "declinarsi" (così, ad esempio, il *social crowdfunding*, il *robo-advisor*, le criptovalute, la tecnologia *blockchain*, gli *smart contracts*, il ricorso da parte degli intermediari alla tecnologia *cloud* come modello di *outsourcing*, etc.), ovvero ad individuare i punti di intersezione di FinTech con alcune normative trasversali sulle quali le nuove tecnologie potrebbero avere un impatto talora notevole e "disruptive".

Pertanto, FinTech non pone soltanto problemi di vigilanza, di tutela della concorrenza, di regolazione, ma anche, per esempio, di tutela dei dati personali, di *cybersecurity*, e altresì di prevenzione e contrasto del riciclaggio.

È proprio per la sua attitudine a scomporsi in una serie di tematiche affatto diverse, ancorché interconnesse ed *interdisciplinari*, che può, senza tema di smentita, affermarsi che "FinTech" è un "terreno di coltura" di particolare interesse, che moltiplica e rinnova i temi di discussione nell'ambito della prestazione dei servizi finanziari.

2. Sotto il profilo delle dinamiche di mercato, Fintech si caratterizza per sancire l'ingresso ed il riconoscimento, quali *players*, di soggetti "nuovi" (i c.d. *entrants*): spesso si tratta di imprese nate in ambito tecnologico e con funzioni strumentali rispetto alle attività finanziarie ma che, ormai in possesso di un patrimonio informativo rilevantisimo, si determinano alla "sfida" entrando in gioco come attori diretti del mercato; oppure di intermediari che, fin dal momento della loro nascita, ritengono di non dover affrontare il problema della "costruzione" di un proprio sistema informativo, affidandosi direttamente alla tecnologia di imprese "Tech" con le quali stringere *partnership*.

I temi ed i problemi dei rapporti tra intermediari tradizionali (c.d. *incumbents*) ed intermediari "nuovi" sono da tempo al centro di studi e di dibattiti che prefigurano scenari totalmente inediti, all'interno dei quali sarà richiesto agli "*incumbents*" di attivarsi per mantenere la propria presenza: o percorrendo essi stessi la strada della innovazione tecnologica (che, peraltro,

comporta per loro non soltanto l'investimento nella nuova tecnologia, ma anche il costo della "riconversione" delle precedenti strutture informatico-tecnologiche: c.d. costo di *legacy*), o sperimentando anch'essi forme di *partnership* o di alleanze con gli *entrants*.

Il tema appare cruciale, soprattutto per le dinamiche settore bancario (oggetto di un ancora recente report di EBA), per il quale si prospetta un vero e proprio cambiamento di "ecosistema": e l'allarmato documento prodotto nel febbraio 2018 dal Comitato di Basilea ne è la più eloquente dimostrazione.

La rilevazione di tali tendenze manifesta altresì che sarebbe non del tutto corretto affermare che l'ingresso dei nuovi *players* rappresenti un fenomeno di "disintermediazione"; se mai, sarebbe più corretto affermare che alla disintermediazione corrisponde un nuovo tipo di intermediazione affidata a soggetti diversi da quelli tradizionali. È il caso, ad esempio, delle piattaforme implicate nella attività di concessione dei crediti realizzata nel c.d. *social crowdfunding*.

Il rapporto tra *incumbents* ed *entrants* è comunque inevitabilmente destinato a condizionare gli orientamenti dei *regulators*, giacché proprio la possibilità, aperta dalle nuove tecnologie, di offrire prodotti di natura finanziaria al di fuori dei tradizionali meccanismi di intermediazione, crea la possibilità ed il pericolo che i nuovi "soggetti" si trovino di fatto ad operare in modalità anticoncorrenziale, per la motivazione che il difetto della loro matrice finanziaria li esonera dalle articolate, vincolanti e penetranti discipline applicabili agli *incumbents*: a cominciare dallo stesso problema del rilascio della autorizzazione allo svolgimento della attività. Per ora regolamenti e normative di *compliance* su antiriciclaggio e antiterrorismo consentono alle banche di continuare a svolgere la loro funzione centrale. È assai probabile che alcune attività principali degli istituti tradizionali come i prestiti o i depositi, subiscano per via della fenomenologia FinTech delle modifiche mentre altre attività ad alto reddito come le gestioni patrimoniali siano influenzate pesantemente. Ciò che pone (e porrà) anche problemi di rispetto di principi generali di rango costituzionale, primo tra tutti quello della eguaglianza e della parità di trattamento.

Intanto, è noto come alcuni "colossi" operanti nell'ambito dei social network e della aggregazione di big data hanno già conseguito nell'area dell'Unione Europea l'autorizzazione ad operare come istituti di moneta elettronica. Il caso, riportato da alcuni quotidiani economici riguarda Google, che ha ottenuto una licenza ad operare come istituto di moneta elettronica in Lituania (valida conseguentemente per l'area UE: il caso è regolato in Italia dall'art. 114-*quater* t.u.b.). In questo caso in Italia è previsto che se l'istituto di moneta elettronica svolge anche altre attività imprenditoriali diverse dall'emissione di moneta elettronica e dalla prestazione dei servizi di pagamento autorizzati, deve costituire un patrimonio destinato unico per

l'emissione di moneta elettronica, la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali (art. 114-*quinquies*.1). In effetti, per la autorizzazione a svolgere attività come istituto di moneta elettronica, non è prescritto un oggetto sociale esclusivo. In quanto autorizzati, gli istituti di moneta elettronica possono “trasformare immediatamente in moneta elettronica i fondi ricevuti dal richiedente” e “prestare servizi di pagamento e le relative attività accessorie”.

Si riconosce che con Fintech le banche potranno perdere parte dei loro margini di profitto, ma, al contempo, nel caso in cui le imprese FinTech dovessero espandere le loro attività, anche i margini per l'arbitraggio regolamentare che attualmente tende a favorirle, dovranno diminuire sensibilmente.

È proprio sulla base di tale constatazione che il mondo bancario esprime il convincimento che sia “imprescindibile assicurare un terreno di gioco livellato, con regole volte a perseguire i principi cardine della tutela del cliente, della privacy, della stabilità della prevenzione e controllo degli illeciti e della capacità di affrontare e gestire i rischi, applicabili a ciascun operatore, sia esso *incumbent* sia società fintech”. È proprio in questo ambito, del resto, che deve essere “collocata” l'iniziativa della Banca d'Italia, del dicembre 2017, che ha realizzato una vera e propria “indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari”.

3. Se la realtà fenomenica esprime un “bisogno di regole”, dal punto di vista dell'approccio regolatorio-Fintech manifesta istanze assolutamente inedite: di fronte ad un fenomeno “nuovo”, la riflessione di politica del diritto è evidentemente centrata sull'interrogativo della necessità di regolare, e, in caso di risposta affermativa, su come regolare (ed in vista, inoltre, del conseguimento di quale risultato).

Ad un primo livello di riflessione, infatti, si potrebbe argomentare che “Fintech” è soltanto una nuova modalità di prestazione di servizi finanziari, restando la natura e le caratteristiche di questi ultimi immutate (di talché resterebbe pure valido il principio, espressione della c.d. “neutralità tecnologica”, “stessa attività, stessi rischi, stesse regole”). Sennonché, resta comunque un dato di fatto che le innovazioni tecnologiche innescano – come già accennato – problemi di concorrenzialità del mercato, e nello stesso tempo, agiscono sulla sostanza stessa dei rapporti tra utenti di servizi finanziari e relativi prestatori: se non mutando quella sostanza, senz'altro, però, portandola ad evoluzioni prima impensate. Pertanto, si assiste ad una tendenziale condivisione, tra i *regulators*, della convinzione che una qualche forma, magari inedita, di regolazione sia comunque non soltanto opportuna, ma richiesta e necessaria. E' peraltro evidente che il tema necessita di una maturazione e che, a tale scopo, sarà necessario

innanzi tutto compiere una ricognizione sull'esistente ed una riconduzione degli attuali sviluppi innanzi tutto alle regole esistenti, allo scopo di verificare se ed in che misura quelle regole debbano essere aggiornate o riviste, o, addirittura, completamente riformulate: è in questa prospettiva che alcune autorità hanno avviato, al riguardo, anche una commendevole e pregevole attività di approfondimento scientifico preliminare.

Il problema delle regole, però, non è soltanto costituito dalla individuazione dei soggetti cui quelle regole sono destinate ad applicarsi, ma anche dall'interrogativo se le regole dettate con riferimento ad un mercato “agito” da intermediari “tradizionali” possano trovare facile o comunque agevole applicazione anche ai nuovi servizi ed ai nuovi soggetti. Il parametro della cosiddetta “neutralità tecnologica” rischia perciò concretamente di diventare soltanto un facile *slogan*, laddove venga disancorato dalla concreta valutazione dei fatti.

È peraltro indiscutibile che Fintech, per definizione, sia elettivamente una materia in grado di travalicare gli artificiali confini interni del mercato finanziario (moltiplicando le connessioni e le interdipendenze tra mercato bancario, assicurativo e mobiliare), e, ovviamente, di travalicare quelli esterni degli ordinamenti territoriali: sicché si richiede un approccio regolatorio integrato, che comporti la collaborazione tra le autorità di settore, domestiche e (quanto meno) europee.

Appare quindi chiaro che, in considerazione della natura globalizzata, sovranazionale, da un lato; e fortemente compenetrativa dei vari segmenti del mercato finanziario, dall'altro; quello che si richiederà ai *regulators* sarà un approccio di tipo integrato, e soprattutto univoco, allo scopo di evitare che in ragione delle differenti aree di intervento sul mercato finanziario i regolatori abbiano a professare o ad applicare filosofie di regolamentazione o di vigilanza differenti.

Correlativamente, oltre al problema regolatorio, si pone anche il problema di apprestare una vigilanza che sia “aggiornata” rispetto al dispiegarsi dei nuovi fenomeni. Deve darsi atto ai diversi “*regulators*” nazionali e transnazionali di avere intercettato precocemente i rischi connessi ai mutamenti radicali di cui “FinTech” sarebbe stata la premessa ma anche il protagonista: essi hanno perciò tentato di mettere in campo nuove soluzioni: talora “ambienti protetti” di sperimentazione, caratterizzati dalla collaborazione (delle e) con le autorità di vigilanza (c.d. “*regulatory sandboxes*”), talora canali di contatto e di dialogo con queste ultime (c.d. “*innovation hubs*”).

Un recente esempio domestico dei canali da ultimo citati è rappresentato dal c.d. “Canale Fintech”, inaugurato dalla Banca d'Italia.

Né deve sottacersi la circostanza che la stessa attività di vigilanza, a sua volta, potrebbe o dovrebbe essere interessata dagli effetti delle innovazioni tecnologiche e dalla applicazione di queste ultime alle proprie metodologie (in questa accezione, la “smania tassonomi-

ca” alla quale ci è dato assistere ha creato le espressioni “Reg-Tech” e “Sup-Tech”).

4. Da ultimo, “FinTech” riguarda anche le profonde modificazioni che le innovazioni tecnologiche stanno apportando alla sostanza stessa delle attività finanziarie: la “re-intermediazione” tramite i nuovi soggetti comporta nuove forme di concepire le attività creditizie e di svolgere servizi di investimento (soprattutto, quanto a questi ultimi, sul crinale della prestazione di attività di consulenza).

Si assiste, cioè, al progressivo affievolirsi dell’intervento umano nel momento della intermediazione, anche nelle aree in cui quell’intervento appariva imprescindibile: ciò appare evidente, nel mondo del credito, nella diffusione delle cosiddette piattaforme di credito “peer-to-peer”; ma anche nel mondo dei servizi di investimento, dove il fenomeno più imponente è rappresentato dallo sviluppo di sistemi di consulenza automatizzata (c.d. “robo-advice”).

In entrambi i casi, il “fattore umano” risulta sostituito nel “core” della attività di intermediazione: la valutazione del merito creditizio e la valutazione della opportunità delle scelte di investimento.

Al suo posto si sviluppano le potenzialità di “algoritmi” (capaci anche di autoaffinarsi progressivamente: c.d. *machine learning*) che promettono di agire anche più efficacemente dell’uomo, alla luce della loro capacità di coniugare e di elaborare, nella loro attività di *scoring* o di consulenza, i cosiddetti “big data”: immensi patrimoni informativi (che originano quello che è stato definito un vero e proprio “potere di profilazione”) che rappresentano e rappresenteranno uno dei nuovi punti di confronto relativamente alla protezione della concorrenza, oltre che l’oggetto di un vero e proprio “mercato dei dati”.

Con ragione, quindi, si afferma che “gli algoritmi assumono al ruolo di veri artefici, di motore propulsivo ed evolutivo dell’ecosistema FinTech e di tutte le relative articolazioni. Sono difatti gli algoritmi che muovono e tessono le fila di FinTech, abilitandone l’automatizzazione nelle varie fasi della catena di valore produttiva e distributiva, nonché divenendone elemento essenziale ed imprescindibile dalle diverse fattispecie, con significativa incidenza sul processo di (dis)intermediazione”; gli indubbi pericoli di “opacità” nel funzionamento dell’algoritmo hanno portato quest’ultimo ad essere anche “destinatario della vigilanza”; eppure, nello stesso tempo, in modo soltanto apparentemente paradossale, anche l’algoritmo può essere utilizzato come strumento al servizio dell’autorità di controllo: “la sfida lanciata dalle nuove tecnologie va ben oltre, estendendosi sino a divenirne vero e proprio strumento di vigilanza proattiva, al fine di rendere più efficace l’azione di supervisione (i.e. SupTech), sulla scorta delle potenzialità insite nelle tecnologie abilitate proprio dagli algoritmi”.

Per il giurista, si tratta di sfide del tutto nuove: se il principio di *accountability* è stato fino ad ora declinato con riferimento ad operatori fisici, ora si prospetta, invece, il problema di sindacare la correttezza, la legittimità e la adeguatezza delle aggregazioni di dati prodotte da algoritmi, e, più ancora, il problema di “intestare” la responsabilità derivante dall’utilizzo di questi ultimi.

Il tema si presenta di particolare rilievo proprio laddove l’algoritmo si trovi a presiedere o a guidare scelte di investimento: si tratta del problema della tutela dell’investitore nel caso della “consulenza finanziaria automatizzata” (o *Robo-advice*).

Le possibili “distorsioni cognitive” danno conto di quanto possa incidere l’utilizzo degli algoritmi anche sul tema delle sue implicazioni sugli studi di finanza comportamentale. Il tema rimanda alle modalità di “costruzione” dell’algoritmo, e, in particolare, alla rimarcata necessità “di considerare nella “costruzione” dei vari passaggi formanti l’algoritmo che condurrà alla soluzione di investimento o di risparmio (...) anche ogni pertinente profilo connesso ai possibili *bias* mentali, deficit cognitivi e fattori emotivi che (come ormai appare assodato) influenzano, anche in materia significativa e gravemente distorsiva, le decisioni economiche dell’investitore”.

5. La diffusione delle “valute virtuali” costituisce, tra le “declinazioni” del fenomeno FinTech, quella che forse più ha suscitato l’interesse di studiosi e giuristi, oltre che, ancor prima degli stessi regolatori anche per alcuni profili *quasi esoterici*.

L’evolversi rapido degli strumenti di pagamento ha visto infatti il passaggio dal concetto di moneta contante a quello di moneta scritturale, di moneta elettronica e – infine – la creazione di una “moneta” sostanzialmente “diversa”, in quanto ormai totalmente sganciata dal riferimento alla moneta legale: la moneta virtuale. Rispetto a tale fenomeno anche gli approcci definitori appaiono problematici, sicché l’atteggiamento delle autorità di vigilanza non ha potuto per ora che essere di rilevazione dei possibili rischi inerenti all’utilizzo di tale nuova tipologia di valute.

Pare evidente che la riflessione giuridica intorno a questo fenomeno stia ancora “prendendone le misure”, cercando di ricondurlo all’interno di categorie interpretative generali: da un lato, quindi, il problema della definizione di ciò che una valuta virtuale è; dall’altro, il problema di individuare e riconoscere la natura di quest’ultima secondo categorie giuridiche note: moneta, bene giuridico, documento informatico, mezzo di pagamento, strumento finanziario.

Anche (e, si direbbe, soprattutto) per la necessità di raggiungere “punti fermi” di riferimento, è fortemente avvertito il bisogno di regole: specie per il possibile “vulnus” che il diffondersi delle valute virtuali potrebbe rappresentare per discipline “sensibili” quali

quella antiriciclaggio, o la normativa fiscale, e per il conseguimento delle finalità di queste ultime; oppure per il pericolo della diffusione di attività “finanziarie” abusive.

L'evoluzione delle tecnologie – in questo caso, della tecnologia *blockchain* che costituisce l'asse portante della creazione di valuta virtuale – del resto, è inarrestabile e spesso i legislatori ed i regolatori faticano a starne al passo, restando – per utilizzare un paragone cinematografico – fermi ad un “fotogramma”, quando la pellicola ha intanto continuato a girare: ci si domanda, pertanto, se le figure e gli istituti del diritto esistenti possano essere capaci di contenere dei fenomeni nuovi, piuttosto che ricorrere “compulsivamente” alla introduzione di figure nuove, “figlie del tempo”, ma di un tempo estremamente cangiante.

In realtà l'intero ordinamento giuridico, e non soltanto il sistema del diritto penale, a doversi confrontare con la “fenomenologia” della moneta virtuale, “moneta globale ed autoreferenziale poiché non rappresenta null'altro che se stessa”, che sembra condurre ad una “nozione funzionale di denaro”: da un lato, infatti, il diffondersi della moneta virtuale pone il problema di come quest'ultima interagisca con il sistema civilistico delle obbligazioni pecuniarie; dall'altro, lo stesso ambito del diritto societario comincia a riflettere gli effetti del fenomeno.

Last but not least, le numerosissime “ricadute” del fenomeno sulla attività dei professionisti: si pensi alle notevolissime difficoltà tecniche che si incontrerebbero, nella attività dei notai, per l'ipotesi di immobile acquistato con *bitcoin* in corrispettivo, quanto alla possibilità di tracciare la transazione finanziaria; oppure alla intrinseca problematicità di conferire criptovalute in società di capitali. Una vera e propria “sfida” interpretativa sarà rappresentata anche dalla qualificazione delle valute virtuali alla luce della normativa fiscale in tema di imposta e dichiarazione di successione.

6. “FinTech” è anche nel contempo causa ed espressione di un nuovo modo di concepire il rapporto tra utente ed erogatore di servizi finanziari, rapporto nel quale l'elemento che ha sempre rappresentato il vantaggio degli operatori tradizionali, la “fiducia”, tende a riallocarsi altrove: la generazione dei “millennials”, connaturata all'uso delle innovazioni tecnologiche, sarà naturalmente portata a riporre maggiore fiducia nei nuovi operatori piuttosto che in quelli tradizionali.

Quest'ultima riflessione rimanda l'attenzione ad un ultimo interlocutore, silente, e purtuttavia determinante nelle dinamiche del mercato dei servizi finanziari, anche quando questi ultimi siano disegnati, concepiti ed erogati nelle forme tecnologiche più avanzate: l'utente.

Sia egli o meno un consumatore, è innegabile che l'utilizzo delle nuove tecnologie richiede all'utente uno sforzo supplementare che lo ponga nelle condizioni di

accedere agevolmente ai servizi attraverso un uso appropriato, consapevole ed efficace di quelle stesse tecnologie.

Il fenomeno appare di particolare evidenza proprio nella attività delle piattaforme “peer-to-peer” – e, tra queste, segnatamente quelle dedicate alla erogazione di prestiti – dal momento che la “disintermediazione bancaria finanziaria” produce, come effetto “a cascata”, quello della tendenziale inapplicabilità delle discipline specificamente dettate per la tutela del contraente, ma subordinate alla natura professionale del prestatore: come la disciplina di trasparenza o quella in materia di credito ai consumatori.

Si tratta, evidentemente, di un nuovo *gap* che richiede di essere colmato, e rispetto al quale si è convenientemente parlato – con riferimento essenzialmente alla figura dei consumatori – di necessità di una “educazione digitale”, concettualmente distinta (e, in questo caso, necessariamente prodromica e funzionale) dalla educazione finanziaria propriamente detta.

Rispetto a tale contingenza, non sembra che possano in alcun modo soccorrere le discipline di protezione del cliente intese ad assicurare la trasparenza e la correttezza dei rapporti con gli intermediari (anche perché talora la natura “diversa” del soggetto prestatore del servizio lo pone al riparo dalla applicabilità di quelle discipline): sorge quindi la necessità di ripensare (soprattutto, ma non solo, nei rapporti con i consumatori) il dispiegarsi del rapporto con il prestatore di servizi anche alla luce di nuove e più impegnative garanzie, che sono indispensabili se si vuole evitare che FinTech, invece di rappresentare un possibile tentativo di soluzione per arginare il problema della *esclusione finanziaria*, diventi invece, al contrario, un ulteriore *vulnus* alla libertà negoziale dell'utente specie nelle realtà, come quella italiana, tuttora *bancocentriche*.

Non solo negli Stati Uniti e nel Regno Unito, ma anche in Germania e in Francia il P2P lending sta ormai emergendo come una *nuova asset class* per gli investitori istituzionali in un'ottica di diversificazione del portafoglio. Si tratta, infatti, di Paesi che sono in grado di generare volumi significativi potendo così vantare un *track record* importante. Oggi il *direct lending* rappresenta una modalità per trasferire risorse finanziarie direttamente all'economia reale, così come i Piani individuali di risparmio (Pir) introdotti dalla Legge di Bilancio 2017. Un portafoglio Pir è un “contenitore” composto da diversi strumenti finanziari prevalentemente di equity e debito diretti alle imprese. Deve essere investito per almeno il 70% in titoli quotati o non, azioni o obbligazioni, di società quotate o non, con stabile organizzazione italiana.

Orbene l'Università *Mercatorum* e l'Università Telematica *Pegaso* hanno sviluppato una naturale sensibilità a cogliere il “nuovo” come oggetto di investigazione, per aver esse stesse fatto proprio il paradigma della

innovazione tecnologica, applicandolo alla didattica ed alla ricerca universitaria.

Il filone di ricerca è culminato nella pubblicazione, proprio in questi giorni, di un volume collettaneo pubblicato in questi giorni nella Collana “Regole e Mercati” dell’Universitas Mercatorum che intende avviare un dibattito scientifico destinato a protrarsi nel tempo come fonte di stimolo ad ulteriori approfondimenti.

Diritto e procedura civile

BREVI NOTE SULLA RINUNZIA ALLA PROPRIETÀ, TRA CATEGORIE DOGMATICHE E ISTANZE PRATICHE	212
di Francesco Meglio	
STRATEGIE AZIENDALI E TUTELA DEL CONSUMATORE: IL CASO APPLE	222
di Nicola Barbuzzi	
IL RIGOROSO IMPIEGO DELLA TUTELA D'URGENZA EX ART. 700 C.P.C. NELLE IMPUGNATIVE DEI LICENZIAMENTI. <i>Nota a Trib. di Napoli, ordinanza 6 novembre 2018</i>	231
di Marzia Mingione	
LICENZIAMENTO DISCIPLINARE: IL RITARDO NOTEVOLE E NON GIUSTIFICATO DELLA CONTESTAZIONE DELL'ADDEBITO. <i>Nota a Cass., sez. un., sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017</i>	241
di Nunzia Tesone	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	251
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	255
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

Brevi note sulla rinuncia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche

abstract

The issue of renunciation of property law has imposed itself in recent years to the attention of doctrine, jurisprudence and practice, also as a solution to avoid the costs related to the management of real estate assets in a weak economic context like the current one. The examination of this case, in reconstructing the central junctions of the institute, strives to make the theoretical acquisitions react with the practical requests, in search of a profitable union capable of realizing the interests at stake in the perimeter of the principles and values on which founds the legal system.

keywords

Renunciation – Property - Real estate advertising – Economic crisis.

abstract

Il tema della rinuncia al diritto di proprietà si è imposto negli ultimi anni all'attenzione di dottrina, giurisprudenza e prassi, anche quale soluzione per sottrarsi ai costi correlati alla gestione del patrimonio immobiliare in un contesto economico debole come quello attuale. La disamina di tale fattispecie, nel ricostruire gli snodi centrali dell'istituto, si sforza di far reagire acquisizioni teoriche con le istanze pratiche, alla ricerca di un proficuo connubio capace di realizzare gli interessi in gioco nel perimetro dei principi e dei valori su cui si fonda l'ordinamento giuridico.

parole chiave

Rinuncia – Proprietà – Pubblicità immobiliare – Crisi economica.

sommario

1. Premessa: la rinuncia nell'attuale stagione del diritto civile. – **2.** Profili generali della rinuncia al diritto di proprietà: struttura, causa e forma. – **3.** Il diritto di proprietà come oggetto di rinuncia: la prevalente (e preferibile) ricostruzione positiva. – **4.** Natura ed effetti della rinuncia al diritto di proprietà. – **5.** La pubblicità della rinuncia tra *jus positum* e istanze sistematiche. – **6.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa: la rinuncia nell'attuale stagione del diritto civile

Fino a pochi anni fa discorrere di rinuncia alla proprietà (e/o di altro diritto reale) avrebbe avuto il sapore di una discussione d'altri tempi, nella quale si affrontano tematiche vetuste e non più ricorrenti. Tant'è, però, che il corso della storia, ed in particolare la crisi economica che attanaglia tuttora il nostro Paese e non solo, si da occasionare una legislazione talvolta orientata dai moti dell'animo piuttosto che da una attenta e ponderata analisi degli interessi in campo, generando quello che una raffinata e acuta dottrina ha definito *diritto civile della crisi economica*¹, hanno portato all'attenzione il tema della rinuncia alla proprietà, quale risposta all'impossibilità di sostenere gli oneri economici connessi al diritto dominicale.

Ne è disceso, specialmente per la comunità scientifica, il compito di approfondire l'istituto della rinuncia in generale e di quella avente ad oggetto un diritto reale immobiliare in particolare, avvalendosi certamente della letteratura meno recente in argomento e tenendo al contempo in debito conto il mutato quadro socio-economico. La giurisprudenza, dal canto suo, si è interrogata non sempre in maniera lineare². È possibile che tale ambiguità sia dovuta al fatto che essa è stata chiamata a cimentarsi con un tema "impolverato" e ad effettuare un contemperamento tra gli interessi in

¹ Tale felice formulazione, capace di descrivere una linea di tendenza legislativa invero ricorrente, si deve a G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, p. 1030.

² L'interesse per il tema indagato è denotato anche dalla nota dell'Avvocatura Generale dello stato prot. n. 137950 del 14 marzo 2018, nella quale, nell'esprimere un parere di massima in ordine alla possibilità, per il privato, di rinunciare con atto unilaterale redatto dal notaio, al diritto di proprietà su un bene immobile a rischio di dissesto idrogeologico, tenuto conto delle varie questioni connesse all'art. 827 c.c. e analizzando gli aspetti relativi alla responsabilità del rinunciante *ex artt.* 2043, 2051 e 2053 c.c. È interessante notare che in conclusione l'Avvocatura Generale dello Stato abbia sottolineato "come, anche per il rispetto dei principi di leale collaborazione e di buona fede in senso oggettivo, il rinunciante sia comunque chiamato a dare comunicazione al Demanio dell'atto dismissivo". Si anticipa sin d'ora che tale comunicazione, se funzionale a meritevoli istanze, non ultimo assicurare la pubblica incolumità, segna quel necessario tra inquadramento dogmatico che – come si vedrà in seguito – ricostruisce la rinuncia come negozio non recettizio, e concreto dimensionarsi della fattispecie.

gioco non sempre agevole³. Infatti, non è semplice addivenire ad un equilibrio tra l'interesse privatistico alla dismissione del diritto e l'interesse pubblicistico a salvaguardare le casse erariali dall'acquisto di diritti reali poco proficui o addirittura fonte di costi anche notevoli. Non sono mancate, perciò, pronunce nelle quali si riscontra una scarsa sensibilità al tema e la necessità, pertanto, di procedere con una disamina attenta di esso.

2. Profili generali della rinuncia al diritto di proprietà: struttura, causa e forma

La rinuncia manca, come è noto, di una disciplina all'interno codice civile, eppure costituisce un tema capace di attrarre l'interesse di cospicua dottrina. Le ragioni di tale interesse sono molteplici e forse, a dire il vero, nessuna ha a che vedere col mondo del diritto, collocandosi in ciò che precede il diritto. Infatti, la rinuncia, sebbene sguarnita di una disciplina organica, rappresenta una delle principali facoltà del titolare di un diritto. Volendo provare a dare una definizione della rinuncia, che possa costituire il canovaccio per le presenti riflessioni, essa è tradizionalmente ricostruita come il negozio giuridico unilaterale mediante il quale l'autore dismette una situazione giuridica di cui è titolare⁴.

³ Il bilanciamento tra gli interessi contrapposti segna il momento centrale dello *jus dicere*. Una riprova di quanto detto nel testo si ricava da una recente sentenza della Corte di Appello di Genova dell'8 novembre 2018. In essa, in rigetto della sentenza resa Tribunale di Imperia n. 2600 del 23 marzo 2018, che aveva rigettato il ricorso *ex art. 2647-bis c.c.* presentato avverso l'accettazione con riserva dall'Agenzia delle Entrate di due note di trascrizione relative a rinunzie ai diritti vantati da due coniugi su alcuni terreni, si suffraga l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà sulla base di alcuni dati normativi, e precisamente gli artt. 827, 882, 1104, 1350, n. 5 e 2643, n. 5, c.c. Il giudice di seconde cure, inoltre, precisa che nessuna norma espressa contempla tale rinuncia e richiama, però, la tradizionale ripartizione tra diritti disponibili e diritti indisponibili, irrinunciabili per superiori considerazioni di ordine pubblico.

Il concetto di disponibilità è positivamente individuabile nell'art. 1966 c.c., nell'ambito della disciplina della transazione. Sui rapporti tra illiceità della transazione e indisponibilità dei diritti che formano oggetto della lite, si veda L. RUGGERI, *Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso*, Napoli, 2002, p. 49 ss. Sulla diversità tra i concetti di disponibilità e di illiceità, si veda A. TARTAGLIA POLCINI, *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002, p. 287 ss.

⁴ F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, Milano, p. 923 e ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile. Parte generale*, Milano, 1929, p. 324, secondo il quale la rinuncia «importa l'estinzione del diritto»; ROMANO Salv., *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957, p. 88, secondo il quale la rinuncia determina «la estinzione o, quanto meno, il distacco dal rinunciante di un diritto o di un vantaggio giuridico»; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 218; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, p. 1, per il quale la rinuncia è «la dismissione di un diritto, che si verifica per effetto della unilaterale volontà del titolare»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1960, p. 299. *Contra*, L. BOZZI, *La*

Già solo da questa definizione si coglie che effetto essenziale della rinuncia è unicamente l'abdicazione della situazione giuridica da parte del soggetto che ne è titolare. Il discorso potrebbe chiudersi qui, adottando una logica sillogistica secondo la quale ad ogni atto di rinuncia consegue l'estinzione del diritto che ne è oggetto. Un simile modo di ragionare non convince, come chiarito da una autorevole impostazione dottrina⁵ che ha evidenziato la necessità di distinguere la

negozialità degli atti di rinuncia, Milano, 2008, p. 49 ss., secondo la quale la rinuncia (in particolare ai diritti reali) costituirebbe un atto di autonomia «debole», riconducibile alla categoria degli atti giuridici in senso stretto piuttosto che del negozio giuridico. Secondo l'A., infatti, la volontà del soggetto riguarderebbe unicamente l'atto ed il suo effetto primario (la dismissione del diritto), non invece gli effetti ulteriori (consolidazione, accrescimento, acquisto in capo allo Stato) che sono previsti inderogabilmente dalla legge. Il rinunciante sarebbe «impotente» rispetto a questi ultimi, non potendo la sua volontà determinare il nuovo assetto di interessi, a differenza di quanto accade nel negozio giuridico (inteso quale atto di autonomia «forte»). Un'analisi delle ragioni concrete sottese alla rinuncia è in V. MASTROIACOVO, *La rilevanza delle vicende abdicative nella disciplina sostanziale dei tributi*, Torino, 2012, p. 3 ss.

⁵ P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, p. 348, secondo il quale «L'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinuncia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunciante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale. Rinunciare non vuol dire estinguere il diritto, anche se, normalmente, il diritto in occasione della dismissione si estingue; rinunciare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio». Nello stesso senso cfr. F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 924 ss., per il quale «la rinuncia, estinguendo il legame di titolarità del soggetto con il diritto, produce indubbiamente la separazione del diritto stesso dal soggetto. [...] Da un punto di vista più generale, il venir meno del soggetto può dar luogo a diverse conseguenze giuridiche, importando ora il semplice mutamento del soggetto, rimanendo inalterata la struttura del rapporto, ora invece l'estinzione del rapporto giuridico per il venir meno della pluralità dei soggetti».

Secondo S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 164, nella rinuncia «si ha sempre la vera e propria estinzione di una data posizione giuridica che non si trasferisce ad altri o che, se si sia poi eventualmente acquistata da altri, lo è in via originaria ed è certamente diversa da quella nella sua struttura». Cfr. anche F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 926; D. BARBERO, *Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia*, in *Giur. it.*, 1953, IV, p. 89; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 86, il quale afferma che «L'effetto proprio di quest'atto consiste nell'estinzione di un diritto del rinunciante; e questo effetto si consuma ed esaurisce nella sfera stessa del dichiarante. Il diritto non si perde dal soggetto per trasferirsi ad altri, ma si perde perché si estingue in lui. Seppure dunque l'atto può produrre un effetto per i terzi, tale effetto non è in diretta relazione causale con la dichiarazione di rinuncia, ma ne costituisce soltanto una conseguenza riflessa e mediata»; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 37, secondo il quale «La rinuncia non fa che creare le condizioni esterne che, secondo il nostro ordinamento giuridico, rendono ad altri possibile l'acquisto del diritto dismesso: ma – quando tali condizioni sorgono – l'acquisto del diritto, dismesso per parte d'altri, si verifica in forza del diritto, che all'acquirente stesso può competere, o direttamente, in virtù della legge, come si verifica per diritto di accrescimento; – o in virtù del negozio giuridico stesso, che costituisce il titolo del diritto dismesso, come si verifi-

perdita del diritto dalla estinzione del medesimo. Ed infatti, alla rinuncia – come già precisato – consegue solo la dismissione del diritto dalla propria sfera giuridica mentre la estinzione di esso avrebbe carattere meramente eventuale. A sostegno di tale affermazione si invocano quelle ipotesi nelle quali alla rinuncia non consegue l'estinzione del diritto, ma l'acquisto in capo ad altri soggetti, ovvero ancora in quelle fattispecie nelle quali, nonostante l'intervenuta rinuncia, il diritto sopravvive per la sussistenza dell'interesse di un altro soggetto⁶.

È evidente che tale dottrina postula l'adesione a quella differenza tra effetto diretto ed effetto riflesso autorevolmente specificata da autorevole dottrina⁷.

Ciò detto, occorre sgombrare il campo da un possibile equivoco, e perciò chiarire quale è la rinuncia oggetto delle presenti riflessioni. Ai nostri fini interessa la rinuncia c.d. abdicativa, e non anche quella c.d. traslativa, ossia quella inserita in un contratto sinallagmatico. In altri termini, la rinuncia dietro corrispettivo trova giustificazione nella controprestazione (ad esempio Tizio rinuncia alla servitù in cambio della somma di diecimila euro) e non costituisce un'autentica rinuncia, quanto piuttosto un negozio dispositivo⁸.

Nella rinuncia che qui interessa l'intento del rinunziante è unicamente la dismissione della situazione giuridica. Calato in una logica di scambio, tale intento

ca nel caso di una sostituzione testamentaria»; V. MASTROIACOVO, *La rilevanza delle vicende abdicative*, cit., p. 47 ss., secondo la quale «stante la natura unilaterale della rinuncia, la volontà del rinunziante si esprime attraverso la dismissione del diritto e ad essa rimane limitata anche in termini di effetti del negozio giuridico; l'effetto indiretto, eventualmente di arricchimento, dipende sì dalla "volontà aliena", ma solo in termini di "causa efficiente" e non di effetto, il quale discenderà integralmente dalla regolamentazione legislativa della fattispecie determinatasi».

⁶ Suole farsi l'esempio dell'art. 2814 c.c., a mente del quale «se la cessazione dell'usufrutto si verifica per rinuncia [...] l'ipoteca perdura fino a che non si verifichi l'evento che avrebbe altrimenti prodotto l'estinzione dell'usufrutto».

⁷ Sulla distinzione tra effetto essenziale (che caratterizza la fattispecie), effetto riflesso (che non trova causa nella fattispecie, ma nell'effetto essenziale) ed effetto secondario (che è eventuale ed accidentale) cfr. P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, cit., p. 345 ss. Per la distinzione tra effetto diretto, effetto riflesso e conseguenze ulteriori del negozio cfr. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 71 ss.

⁸ Cfr. G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 3, p. 1316, per il quale «il vantaggio altrui, come si è detto, potrà costituire al più un risultato indiretto della rinuncia, ma, se diventa la causa stessa del negozio che si pone in essere, inevitabilmente si realizza un diverso schema negoziale, che nulla ha più in comune con la rinuncia»; L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, cit., p. 7, per la quale «l'atto di spogliarsi volontariamente di un proprio diritto può essere inserito in uno schema più ampio e avvenire in cambio di un corrispettivo: in questo caso la rinuncia si configura come una sorta di controprestazione, sia pure a carattere negativo. Appare tuttavia altrettanto evidente che in una simile ipotesi il soggetto non abdica affatto al suo diritto e che pertanto il suo atto non può certamente qualificarsi come di rinuncia, o per lo meno non di rinuncia "abdicativa"».

è qualcos'altro. Sul punto, non può che condividersi quanto precisato da autorevole dottrina, la quale ha rimarcato che «non si ha rinuncia là dove la perdita del diritto si giustifica nell'ambito di un altro effetto, o perché parte di un effetto (negoziale) più ampio, o perché inscindibilmente e funzionalmente legato ad altro effetto (negoziale)»⁹.

Delineato l'oggetto dell'indagine nella rinuncia c.d. abdicativa, è possibile ora analizzarne il profilo strutturale. Essa ha una struttura unilaterale, costituendo l'espressione di una facoltà¹⁰ che appartiene al titolare della situazione giuridica oggetto di dismissione, senza bisogno dell'intermediazione di altri.

Non è mancato chi, in dottrina¹¹, ha prefigurato la natura contrattuale della rinuncia, ipotizzando un incontro tra la volontà rinunziante e quella del beneficiario indiretto della rinuncia. Si è obiettato¹², tuttavia, che in tal caso assisteremmo ad una sproporzione tra l'interesse sotteso alla rinuncia e lo strumento giuridico adoperato, in palese contrasto col principio di economia dei mezzi giuridici. In altri termini, se all'effetto dismissivo è sufficiente la sola dichiarazione di volontà del titolare del diritto, richiedere la partecipazione di chi si avvantaggia, seppur indirettamente della rinuncia, significa prefigurare un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo perseguito.

Va notato che la dichiarazione del beneficiario indiretto nulla aggiunge alla fattispecie, se si condivide la nozione di rinuncia che si è data in precedenza¹³. Se

⁹ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 356 ss.

¹⁰ F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 934 ss.; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 654; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 36; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XI, t. 3, Milano, 1984, p. 137; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., p. 1316; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962, p. 136 ss.; D. BARBERO, *Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia*, cit., p. 89.

In giurisprudenza cfr. Cass. 20 dicembre 1974, n. 4382, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 744; Cass. 22 marzo 1962, n. 592, in *Rep. foro it.*, 1962, voce *Rinuncia in genere*, n. 1; Cass. 24 ottobre 1961, n. 2355, in *Rep. foro it.*, 1961, voce *Rinuncia in genere*, n. 3; Cass. 26 giugno 1961, n. 1531, in *Rep. foro it.*, 1961, voce *Rinuncia in genere*, n. 8; Cass. 6 maggio 1955, n. 1272, in *Giur. it.*, I, 1, 1957, p. 604.

¹¹ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 145 ss. Secondo A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002, p. 388, invece, l'atto abdicativo avrebbe di per sé natura unilaterale, ad eccezione delle rinunzie che comportano il trasferimento della proprietà su beni immobili (es. quella del comproprietario), per la quale sarebbe necessaria l'accettazione del soggetto avvantaggiato.

¹² P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 366 ss.

¹³ Secondo A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo, XXII, Milano, 1956, p. 217, «se l'ordinamento giuridico ha, come deve essere, la sua economia logica, e se [...] i due effetti voluti, l'estinzione e la sua ripercussione nella sfera giuridica altrui si producono in forza della sola dichiarazione del titolare del diritto soggettivo, la eventuale dichiarazione dell'altro soggetto è priva di giuridica efficienza, ha un valore di mero

così è, l'effetto favorevole per la di lui sfera giuridica si produce comunque, a prescindere dalla sua volontà, quale effetto considerato dalla legge nonostante l'assenza di una disciplina del fenomeno, e dunque ogni tentativo diretto a intravedere nella rinuncia le tracce della vicenda contrattuale risponderrebbe più ad una suggestione che ad una reale ed effettiva istanza pratica.

Ribadita la natura unilaterale della rinuncia, è d'uopo verificare i profili causali della stessa. Si anticipa che proprio su tale aspetto la dottrina ha avuto modo di cimentarsi, dal momento che l'istituto in esame richiama all'attenzione l'affascinante quanto intricato tema del negozio astratto. Andiamo con ordine. Secondo la prevalente dottrina, la rinuncia è un negozio causale e non astratto, non importante un'attribuzione patrimoniale¹⁴.

Si aggiunge, da parte di questa dottrina, che la rinuncia esprimerebbe *ex se* un interesse meritevole di tutela, coincidente con la dismissione della situazione giuridica. Ed anzi, si enfatizza proprio il fatto che dismettere ha in sé un *quid pluris* rispetto alla componente attributiva, costituendo perciò la massima espressione del potere di disposizione che compete al titolare di essa¹⁵. Al rinunziante si chiede, però, che egli abbia in animo soltanto di dismettere la situazione giuridica di cui è titolare, ovvero la perdita del diritto in parola, e che «il perseguimento di tale scopo presenti, in sé o nel complesso assetto negoziale, quegli elementi di giustificazione economico-sociale che l'ordinamento consente di realizzare attraverso il negozio di rinuncia»¹⁶.

Di contrario avviso è altra dottrina, la quale ha rilevato l'inconciliabilità della rinuncia con la disciplina della causa¹⁷. Tale posizione si è argomentata dalla mancanza di controllo, da parte del legislatore, su tale atto di autonomia privata, come è a dire che, in fondo, da esso non sorgano dubbi in ordine alla sua compati-

fatto, altro non esprimendo se non il gradimento della persona che la formula»; Cfr. anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 301, secondo il quale «se oggetto della rinuncia è un diritto con soggetto passivo indeterminato (...), allora una cooperazione del soggetto passivo del rapporto non è più nemmeno concepibile; e non c'è ragione di distinguere, con riguardo al motivo del negozio, di per sé irrilevante, secondo che la rinuncia avvenga senza, o con, l'intento di favorire quella persona determinata, a vantaggio della quale la dismissione produce oggettivamente il suo effetto, posto che l'effetto permane identico qualunque intenzione possa nutrire il rinunziante».

¹⁴ Sul negozio astratto si vedano almeno V. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, p. 52 ss.; B. TROISI, *Negozio giuridico, negozio astratto*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, 1990; R. SACCO, *Negozio astratto, negozio giuridico (circolazione del modello), nullità e annullabilità*, Torino, 1995; E. BETTI, *Astrazione (Negozio astratto)*, in *Nov. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1469 ss.

¹⁵ F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 930. Cfr. anche L. V. MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enc. giur.* Treccani, p. 5 ss.

¹⁶ F. MACIOCE, *op. ult. cit.*, p. 930.

¹⁷ G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 661; S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, p. 41.

bilità con i principi ed i valori dell'ordinamento giuridico. Si è detto, inoltre, che le ragioni del disinteresse risiederebbero nell'assenza di un rapporto relazionale tra soggetti diversi.

Si riscontrano convergenze, invece, sull'affermazione che vuole la rinuncia come atto neutro o incolore, sfuggente ad una sicura riconduzione alle più usuali categorie della onerosità e della gratuità, alla luce del suo effetto meramente abdicativo¹⁸.

Alla fine di questi cenni sui profili generali della rinuncia, qualche notazione merita il tema della forma del negozio di rinuncia¹⁹. Al riguardo, il discorso non può che principiarsi dal dettato normativo recato dagli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5, c.c., in base ai quali l'atto contenente la rinuncia ad un diritto reale immobiliare deve farsi per iscritto ed è assoggettato alla formalità pubblicitaria della trascrizione. Va anticipato, sin d'ora, che tali disposti normativi, sebbene proiettati a regolare vicende bilaterali, sono destinati ad operare anche dinanzi ad un negozio unilaterale, quale è la rinuncia in parola, come si vedrà nel prosieguo dell'indagine trattando dei profili pubblicitari.

3. Il diritto di proprietà come oggetto di rinuncia: la prevalente (e preferibile) ricostruzione positiva

Dopo aver indagato il negozio di rinuncia in termini generali, è possibile procedere con la disamina dei possibili oggetti dello stesso, focalizzando principalmente l'attenzione sulla rinunciabilità del diritto di proprietà, essendo estensibili agli altri diritti reali le conclusioni raggiunte in ordine ad essa.

Si deve immediatamente evidenziare che la dottrina è pressoché concorde nell'affermare che sono rinunciabili, quanto all'oggetto, i diritti soggettivi e tra questi certamente il diritto di proprietà²⁰.

¹⁸ E. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 24 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 293; F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 929; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 224.

¹⁹ Sulla forma del negozio di rinuncia si veda, più diffusamente, F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 943 ss.

²⁰ A. BOZZI, *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Nov. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1149; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 659; L. V. MOSCARINI, *Rinuncia*, cit., p. 3, secondo il quale è proprio il profilo strutturale dei diritti assoluti, quali situazioni soggettive attive cui corrisponde un generico dovere di astensione in capo alla generalità dei consociati, senza che sia identificabile un soggetto passivo del rapporto, che consente la più rigorosa configurazione di un effetto abdicativo. La rinuncia determina, infatti, la fuoriuscita del diritto dalla sfera giuridica del rinunziante senza determinare l'incremento di quella di alcun altro soggetto, né in modo diretto, né in modo indiretto; F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 942, secondo il quale «la rinunciabilità non è che un modo di essere del diritto soggettivo, riflesso di una qualificazione normativa»; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Comm. c.c. D'Amelio - Finzi*, Firenze, 1943, p. 107 ss.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, in *Il codice civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore, Napoli-Torino, 1915, p. 368 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 406; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto*

Sovente si precisa che sono rinunziabili i diritti che si trovano nella disponibilità del rinunziante, e che dunque non rispondano ad interessi ultraindividuali. Basti considerare, in argomento, la tematica connessa agli alimenti, per i quali la legge all'art. 447 c.c. ne sancisce l'incensurabilità, l'intransigibilità e l'insensurabilità. Ma si consideri, ad esempio, la disposizione recata dall'art. 2113 c.c. che dispone l'invalidità delle rinunzie e delle transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni indelegabili della legge e dei contratti o accordi collettivi di lavoro. In altri termini, si tratta di diritti che, reagendo col solo interesse del titolare, non reclamano la tutela di interessi di terzi e sono, perciò, dismessaibili da parte del titolare²¹.

Non v'è dubbio, pertanto, che il diritto di proprietà, in quanto diritto disponibile, sia perciò suscettibile di rinunzia²².

A corredo della tesi positiva sono addotti svariati argomenti, specialmente muovendo da un ordito normativo dal quale non sembrano evincersi indici di segno contrario. Innanzitutto, è il codice civile a con-

privato italiano, cit., p. 137; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 210; F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, p. 102 ss.; S. PIRAS, *La rinunzia nel diritto privato*, cit., p. 91 ss.

²¹ Cfr. A. BOZZI, *Rinunzia*, cit., p. 1141 ss., ed in particolare p. 1142, ove si legge che «La rinunziabilità o meno d'un diritto è il riflesso o il risultato di una qualificazione normativa. A tal riguardo è di preminente importanza la natura dell'interesse, che quale dato pregiudiziale determina l'intervento del legislatore: il perché della previsione pad arte dell'ordinamento giuridico. Un diritto soggettivo è rinunziabile quando dal sistema normativo risulta l'indifferenza che esso permanga o meno nella sfera del titolare. È al contrario irrinunciabile quando per la concreta realizzazione dell'interesse che ne sta alla base sono necessarie l'aderenza e la permanenza di esso nella sfera del titolare»; L. V. MOSCARINI, *Rinunzia*, cit., p. 2. Il tema si interseca con l'interessante tematica della rinunziabilità dei diritti futuri. In argomento, almeno C. COPPOLA, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005.

²² Cfr. F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 105, il quale, scrivendo nel lontano 1910, proprio con riferimento alla rinunzia alla proprietà su beni immobili afferma che «è vero che capita di raro, che il proprietario rinunzi alla proprietà di uno stabile e con ciò si spiega la mancanza nel nostro Codice civile di un'espressa disposizione, che regoli questo modo di dismissione della proprietà immobiliare. Ciò non toglie, che il bisogno di dismettere la proprietà di un immobile al pari della quota di comproprietà, non solo come inutile, ma altresì come pregiudizievole al proprietario, si presenti nella pratica più frequente di quel che non si creda. Ciò si verifica specialmente in Sardegna per quelle proprietà rocciose, che, tassate come foreste, sono colpite, prima del taglio, d'un'imposta gravosissima: dopo il taglio, esse non sono spesso suscettibili di alcun reddito, pur rimanendo soggette alla stessa imposta. I proprietari spesso, per sottrarsi all'obbligo dell'imposta, ricorrono all'espedito di vendere ad un nullatenente queste proprietà per un prezzo irrisorio; noi però crediamo che, senza ricorrere a quest'espedito di accollare l'obbligazione su d'una persona, che di fatto non trovasi in condizione di poterla adempiere, ciò che non sempre riesce facile, sia egualmente possibile, secondo il nostro ordinamento giuridico, di raggiungere lo stesso scopo per mezzo di una rinunzia».

templare specifiche ipotesi di rinunzia alla proprietà. Si considerino le norme recate dall'art. 882 (riparazioni del muro comune) o dall'art. 1104 (spese della comunione), benché in tali ipotesi venga in rilievo un elemento in più, in quanto all'atto di rinunzia si accompagna un effetto ulteriore, ossia l'estinzione dell'obbligazione, sì che si discorre comunemente di cd. rinunzia liberatoria.

Ciò detto, non è però irrilevante sottolineare come l'estinzione dell'obbligo di contribuire alle spese non obnubila il fatto che il diritto di proprietà sia stato dismesso, ma anzi si attegga ad aspetto ulteriore rispetto alla dismissione del diritto dominicale²³.

Nemmeno può obiettarsi, inoltre, che i dati normativi citati abbiano rilevanza limitata alle specifiche ipotesi da essi considerati, e dunque siano muti rispetto ad una ipotetica valenza generale dei medesimi.

Depone in favore della rinunziabilità del diritto di proprietà l'analisi, *a contrario*, della nuova formulazione dell'art. 1118, comma 2, c.c., come modificato dalla riforma del condominio.

Si rammenta che il testo previgente della citata disposizione prevedeva che il condomino non potesse, rinunziando al diritto sulle cose comuni, sottrarsi al contributo nelle spese per la loro conservazione. Ne derivava, dunque, che era possibile anche un atto di rinunzia al diritto sulle parti comuni dell'edificio. Tuttavia un tale atto restava sguarnito di utilità pratica in quanto, ad ogni modo, rimaneva dovuto il contributo per le spese di conservazione.

L'attuale formulazione dell'art. 1118, comma 2, c.c. prevede, invece, che «il condomino non può rinunziare al suo diritto sulle parti comuni». Il *revirement* del legislatore della riforma è netto, comportando l'impossibilità di una rinunzia al diritto sulle parti comuni dell'edificio²⁴.

Si deve, perciò, indagare la *ratio* di questa disposizione. In tema, va detto che, già sotto il vigore della

²³ Sulla portata di tali norme si veda, in luogo di molti, A. LEENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, 8, *Proprietà*, t. 2, Torino, 2002, p. 348, per il quale «ciò che ha bisogno di spiegazione, o di esplicito fondamento normativo, è l'effetto liberatorio, non l'effetto abdicativo con la sua necessaria conseguenza».

²⁴ Per una puntuale disamina della nuova disposizione v. R. TRIOLA, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, in *Tratt. di dir. imm.*, dir. da Visintini, III, *La comunione e il condominio*, Padova, 2013, p. 206 ss. La nuova norma sembra recepire l'orientamento già sostenuto in giurisprudenza. Si veda, in proposito, Cass. 29 maggio 1995, n. 6036, in *Vita not.*, 1996, p. 215: «Quando le parti comuni sono necessarie per l'esistenza o per l'uso dei piani o delle porzioni di piano, ovvero sono destinate al loro uso o servizio, non è consentito rinunziare al condominio sulle cose necessarie per l'esistenza o per l'uso delle unità immobiliari in proprietà esclusiva perché, nonostante la rinunzia al diritto, il condomino continuerebbe a valersi delle cose, dei servizi e degli impianti. La rinunzia al solo condominio, perciò, si considera invalida».

precedente formulazione, essa è stata ravvisata²⁵ nella peculiarità delle parti comuni, spesso necessarie al godimento della porzione di proprietà individuale (si pensi alle scale, all'androne, ecc.), delle quali il condomino gode, anche solo a livello fattuale, perché ad esempio non vi è un'alternativa, nonostante una eventuale rinuncia. È chiaro che il legislatore voglia evitare che la rinuncia in esame diventi un facile *escamotage* per sottrarsi solamente al pagamento delle spese di conservazione, continuando ad avvalersi della parti comuni.

Tornando al tema oggetto della nostra indagine, l'espresso divieto di rinuncia al diritto di comproprietà contemplato dal disposto normativo ora analizzato sembra avvalorare la possibilità di rinunciare al diritto di proprietà in tutte le ipotesi nelle quali non vengano in rilievo analoghe istanze.

Se ciò non bastasse, si consideri che con riferimento ai beni mobili, è certamente pacifico che il soggetto possa spogliarsi del suo diritto di proprietà tramite un atto di abbandono²⁶, con la conseguenza di rendere il bene suscettibile di occupazione. Appare perciò evidente che, ove si negasse una tale eventualità in caso di beni immobili, potrebbe porsi una ragione di differenziazione niente affatto agevole da comprendere²⁷.

Non si trascura di considerare che le due categorie di beni sono diversamente tragguardate da parte del legislatore. Il problema non è tanto e non può cer-

tamente essere quello di precludere al titolare di un diritto reale di dimetterlo, se non alienandolo ad un terzo, quasi come ad obbligarlo a tenerlo per sé il diritto tutte le volte in cui non trovi un terzo che soddisfi le sue richieste, quanto invece quello di individuare il *vestimentum* formale idoneo alla produzione dell'effetto dimissivo, al quale sono correlate delle conseguenze tutt'altro che marginali.

Infatti, se il bene mobile è suscettibile di abbandono, da intendersi come quell'atto con cui un soggetto si libera della cosa lasciandola in luogo aperto al pubblico²⁸, rendendola *res nullius* ed in quanto tale suscettibile di occupazione, analoga soluzione non è percorribile per il bene immobile. La proprietà immobiliare può essere dismessa solo mediante un negozio di rinuncia che richiede la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, n. 5 c.c.) ed è soggetto a trascrizione (art. 2643, n. 5 c.c.). In particolare, l'ordinamento giuridico per i beni immobili non ammette che essi possano divenire *res nullius*, stante la loro diversa considerazione da parte del legislatore. Tale conclusione è suffragata dal disposto normativo recato dall'art. 827 c.c., a mente del quale «I beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato».

4. Natura ed effetti della rinuncia al diritto di proprietà

Acquisita l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà, se ne devono ora approfondire tanto la natura quanto gli effetti.

Dicevamo poc'anzi, in ordine agli effetti, che l'art. 827 c.c. stabilisce l'acquisto in capo allo Stato dei beni immobili che non sono di proprietà di alcuno, allo scopo – si ripete – di evitare che diventino *res nullius*²⁹. Evidenziavamo, allora, che l'ordinamento non consente che un bene immobile possa rimanere privo di un soggetto titolare. A fronte della rinuncia abdicativa da parte del proprietario di un bene, la proprietà dello stesso viene ad essere conseguita dallo Stato³⁰ non già

²⁵ Cfr. P. GRECO, in PESCATORE, ALBANO, GRECO, *Della proprietà*, in *Comm. del cod. civ.*, libro III, t. 3, Torino, 1968, p. 57; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, t. II, Milano, 1978, p. 456; M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993, p. 174 ss. Si veda, inoltre, A. SCRIMA, *Le parti comuni*, in *Il nuovo condominio*, a cura di Triola, Torino, 2013, p. 76 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 10 aprile 1996, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2598, la quale, esaminando una fattispecie in cui ricorreva una rinuncia non alla proprietà delle parti comuni, ma ad un diritto di uso esclusivo del lastrico solare, afferma che «occorre in proposito partire dalla considerazione che nella specie non può trovare applicazione l'art. 1118, secondo comma, cod. civ., in base al quale il condomino non può rinunciare al diritto di comproprietà sulle cose comuni al fine di sottrarsi al contributo nelle spese per la loro conservazione, per due ordini di ragioni. In primo luogo la norma in questione ha carattere eccezionale rispetto al principio generale stabilito dall'art. 1104, primo comma, cod. civ. e non può quindi essere applicata analogicamente alla ipotesi in cui un condomino non rinuncia al suo diritto di proprietà su una parte comune, ma ad un suo particolare diritto di uso di tale parte comune. In secondo luogo mancherebbe la identità di *ratio*. La inefficacia della rinuncia di cui all'art. 1118, secondo comma, cod. civ. è ricollegabile alla necessità di evitare che il condomino possa, da un lato, sottrarsi all'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la conservazione delle parti comuni, continuando, dall'altro, ad utilizzarle in quanto essenziali per il godimento della unità immobiliare in sua proprietà esclusiva».

²⁶ Sull'abbandono, almeno, G. DEIANA, *Abbandono (derelictio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 5 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 403 ss.

²⁷ In tema, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 138.

²⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 404.

²⁹ Si fa presente che per alcune Regioni a statuto speciale è previsto l'acquisto al patrimonio delle Regioni. In particolare, ciò è previsto per il Trentino-Alto Adige (art. 67, ult. co., del relativo Statuto, il quale prevede che «I beni immobili situati nella regione che non sono proprietà di alcuno spettano al patrimonio della Regione»); per la Sicilia (art. 34 del relativo Statuto, il quale prevede che «I beni immobili, che si trovano nella Regione e che non sono in proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione»); per la Sardegna (art. 14, comma 3, del relativo Statuto, secondo il quale «I beni immobili situati nella Regione, che non sono di proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione»).

³⁰ Tale conclusione trova concorde la dottrina. In tal senso: L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 137; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, p. 86; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 407; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 138; G. DEIANA, *Abbandono*, cit., p. 9; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, VIII, t. 2, Milano, 1995,

a titolo derivativo, bensì a titolo originario, proprio in virtù del disposto dell'art. 827 c.c.³¹

In relazione agli effetti della rinuncia occorre procedere con cautela. Infatti, l'acquisto che mette capo allo Stato ex art. 827 c.c. non è un effetto diretto della rinuncia alla proprietà, dal momento che con tale atto il rinunziante unicamente si spoglia del diritto di cui è titolare senza preoccuparsi delle sorti di tale diritto, essendogli indifferente che esso si estingua o venga acquistato da altri. Al rinunziante, in altri termini, interessa solo il fatto di privarsene, anche o all'esclusivo fine di sottrarsi agli oneri afferenti al diritto dominicale. Di contro, l'ordinamento non può certamente trascurare di considerare le sorti del diritto oggetto di rinuncia, costituendo, per quanto detto sin qui, una manifestazione di sicura rilevanza giuridica³².

p. 868; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 210; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, dir. da Gabrielli-Gazzoni, I, Torino, 2012, p. 254; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, cit., p. 108; A. CATAUDELLA, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 760; D. BARBERO, *Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia*, cit., 91.

³¹ In tal senso G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, p. 86, per il quale «Se la proprietà di cui il soggetto abbandona la titolarità passa a terzi (es. lo Stato: art. 827 c.c.), ciò avviene a titolo originario ed *ex lege*»; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 407; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 108, nt. 1, per il quale «I beni immobili non potrebbero perciò essere mai *nullius*; ma ciò non toglie che, pur esclusa ogni interruzione nella titolarità, la rinuncia sia estintiva (e non traslativa), mentre l'acquisto da parte dello Stato è a titolo originario per virtù di legge»; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 254, secondo il quale «Lo Stato, infatti, acquista automaticamente *ex lege* la proprietà dell'immobile vacante e tale acquisto di certo non può considerarsi a titolo derivativo. Non può ravvisarsi pertanto una vicenda circolatoria in senso stretto perché tra la perdita della proprietà nel patrimonio del rinunziante e l'acquisto al patrimonio dello Stato vi è soluzione di continuità. Titolo dell'acquisto da parte dello Stato è la *vacantia* e non la rinuncia, che ne costituisce solo un antecedente». In giurisprudenza v. Cass. 11 marzo 1995, n. 2862, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2077: «L'acquisto dei beni (mobili, immobili e crediti) del defunto da parte dello Stato in mancanza di altri successibili, a norma dell'art. 586 c.c., avviene *iure successionis* e, quindi, a titolo derivativo, mentre l'acquisto dei beni immobili «che non sono in proprietà di alcuno», previsto dall'art. 827 c.c., avviene a titolo originario. Pertanto, l'art. 67 dello Statuto speciale Trentino-Alto Adige, approvato con d.P.R. 31 agosto 1972 n. 670, stabilendo che «i beni immobili situati nella regione, che non sono di proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione», ha apportato deroga all'art. 827 c.c., ma non ha modificato l'art. 586 c.c., che è tuttora in vigore nel territorio di quella regione, operando nel diverso campo della successione a causa di morte».

³² Con riferimento alla responsabilità dello Stato per le spese e gli oneri relativi all'immobile oggetto di rinuncia, si è di recente affermato in dottrina che non potrebbe estendersi il meccanismo di limitazione di responsabilità previsto dall'art. 586 c.c. A differenza di quest'ultima ipotesi, l'acquisto a seguito di rinuncia è necessario ed avviene a titolo originario, non derivativo. Lo Stato, dunque – secondo questa ricostruzione – sarebbe pienamente responsabile per le spese di gestione del bene, potendo solo configurarsi, in via eventuale e ricorrendone i presupposti, una

Venendo ora alla natura dell'atto, esso, anche alla luce dei rilievi sopra svolti, è certamente unilaterale. In particolare, è atto unilaterale diretto unicamente alla dismissione del diritto, al quale sono estranei effetti traslativi, in quanto l'acquisto che ne deriva in capo allo Stato non è un effetto negoziale voluto dal rinunziante, bensì la conseguenza, voluta e disciplinata dall'ordinamento giuridico, di un atto nel quale la volontà è diretta unicamente alla dismissione della situazione giuridica soggettiva.

Un primo importante corollario è allora rappresentato dalla esclusione di un'accettazione della rinuncia³³. Né pare immaginabile e/o configurabile un atto di rifiuto da parte dello Stato, essendo questi obbligato all'acquisto stante il disposto dell'art. 827 c.c.³⁴, in ragione del fatto che tale previsione è funzionale ad evitare che la proprietà immobiliare divenga *res nullius*³⁵.

responsabilità aquiliana del rinunziante per i danni arrecati. Con riferimento, invece, al possibile pregiudizio per i creditori del rinunziante, si è richiamato, condivisibilmente, il rimedio dell'azione revocatoria, configurando la rinuncia un atto negoziale di disposizione del bene, sia pure non attributivo. Per entrambi gli argomenti v. E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 960.

³³ Escludono la necessità di un atto di accettazione da parte dello Stato, trattandosi di acquisto automatico, C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 108; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 407, il quale cita un caso giurisprudenziale inedito che pertanto si riporta testualmente: «In un caso giurisprudenziale inedito, era sorta controversia tra l'Amministrazione finanziaria e un contribuente in ordine alle imposte relative ad un immobile. Il contribuente negava di essere tenuto al pagamento di tali imposte in quanto aveva rinunciato all'immobile con dichiarazione resa al notaio e debitamente trascritta. L'Amministrazione replicava che l'abbandono degli immobili comporta il loro acquisto da parte dello Stato (art. 827 cc) e che pertanto senza l'accettazione di quest'ultimo l'atto sarebbe privo di efficacia. Gli immobili abbandonati passano infatti in proprietà dello Stato e questo risultato non potrebbe ammettersi in mancanza di una conforme formale volontà dell'Amministrazione. L'argomento non convince. L'acquisto dell'immobile in capo allo Stato non è effetto dell'atto di abbandono, ma effetto della norma che attribuisce allo Stato la proprietà dei beni vacanti (827 cc), e tale effetto non è quindi subordinato ad alcun atto di accettazione»; E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, cit., p. 960, secondo la quale, comunque, potrebbe essere opportuna (sia pur non necessaria) una notifica dell'atto alla pubblica amministrazione a fini conoscitivi.

³⁴ Occorre sottolineare che la fattispecie acquisitiva in esame si distingue da quella prevista, in ambito successorio, dall'art. 586 c.c. per il caso di vacanza ereditaria, la quale ha carattere derivativo. In tal senso, Cass. 11 marzo 1995, n. 2862, in *Notariato*, 1996, 1, p. 18 ss.: «L'indicazione dello Stato tra i successibili nell'art. 565 c.c., la collocazione dell'art. 586 c.c. nel titolo dedicato alle successioni legittime, l'uso del verbo *devolvere*, adoperato da entrambe tali norme, e la previsione del principio secondo cui lo Stato risponde nei limiti del valore dei beni assegnati (art. 586 ultimo comma), sono elementi decisivi per ritenere che l'acquisto di cui all'art. 586 avvenga *iure successionis* e, quindi, a titolo derivativo e non costituisca specificazione di quello a carattere chiaramente originario, contemplato nella disposizione dell'art. 827 c.c.».

³⁵ Cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 868, per il quale «l'art. 827 c.c. rende inapplicabile allo Stato il [sopra men-

Acquisita allora la non necessità di un'accettazione, ci si è chiesti se l'atto di rinuncia sia o meno recettizio e, quindi, debba o meno essere portato a conoscenza del terzo interessato, e in particolar modo dello Stato nell'ipotesi che qui interessa.

Sul punto, è dato riscontrare che la dottrina ha espresso posizioni contrastanti. Secondo un primo novero di studiosi³⁶ il carattere recettizio della rinuncia andrebbe accertato caso per caso, non essendo possibile né proficuo provare a fornire una risposta universalmente valida al quesito. Nel dettaglio, i sostenitori di tale posizione evidenziano come la recettività sarebbe talora insita in relazione al rapporto in cui la rinuncia medesima opera, com'è a dirsi nel caso della rinuncia alla quota di comproprietà di cui all'art. 1104 c.c. (*rectius*: rinuncia liberatoria), «giacché qui produce l'effetto di sottrarre il rinunziante [...] agli obblighi derivanti dalla titolarità del diritto, accollandoli all'altro comunista che, salvo il rifiuto, acquista la proprietà della quota rinunziata per accrescimento»³⁷. In altri termini, in un'ipotesi come quella dell'art. 1104 c.c. la recettività della rinuncia è un precipitato di quell'effetto, ulteriore, rappresentato dalla liberazione dagli obblighi che dovranno nondimeno essere assolti da chi, indirettamente, si avvantaggia delle rinuncia.

A fronte di tali rilievi non sorprenda, allora, che la dottrina³⁸ concorda nel ritenere che nella rinuncia liberatoria l'atto debba essere portato a conoscenza degli altri comproprietari. Ma – si ripete – ciò discende appunto da quell'effetto ulteriore, estraneo alla rinuncia c.d. abdicativa oggetto di queste riflessioni, consistente nella liberazione dall'obbligazione di pagamento delle spese anche anteriori³⁹.

A seguito della rinuncia gli altri condividenti sono titolari di una quota di comproprietà accresciuta, ma ciò comporta che essi siano anche gravati da un'obbligazione di pagamento delle spese (anche quelle già deliberate) in misura maggiore rispetto a prima, tenuto conto delle nuove proporzioni in cui è ripartito il diritto dominicale. Ne discende, pertanto, la necessità che l'atto di rinuncia sia portato a conoscenza dei condividenti diversi dal rinunziante. La recettività di tale ipotesi, tuttavia, risulta giustificata in base a ragioni che nulla o poco hanno a che vedere con la mera dismissione del diritto dominicale.

Tornando ora alla rinuncia abdicativa, va subito rilevato che la dottrina prevalente⁴⁰ e la giurispruden-

za⁴¹ convergono sulla natura non recettizia dell'atto in discorso. A sostegno di tale tesi si argomenta anzitutto dagli effetti propri del negozio di rinuncia. Essi, infatti, dal momento in cui si esauriscono nella sfera del dichiarante, non reclamano per la loro realizzazione la necessità di alcuna comunicazione al terzo. Si intende dire che l'effetto abdicativo o dismissivo è in diretta relazione causale con la dichiarazione, sì che ulteriori effetti della stessa nei confronti di terzi – su tutti l'acquisto in capo allo Stato – costituiscono mere conseguenze indirette della rinuncia, inidonee *ex se* ad incidere sull'efficacia della fattispecie che è e resta unilaterale.

Alla luce di tale ricostruzione, che pare da prescegliere per la sua attitudine a considerare la natura e la funzione dell'atto in discorso, la rinuncia al diritto di proprietà, stante il suo effetto meramente abdicativo, ha natura di atto non recettizio.

5. La pubblicità della rinuncia tra *jus positum* e istanze sistematiche

La disamina del tema della rinuncia alla proprietà, una volta che al quesito di fondo sia stata data risposta positiva, richiede di vagliarne il profilo pubblicitario⁴²,

fattispecie della rinuncia liberatoria, in cui la dichiarazione del rinunziante è qualificata da una funzione che eccede il normale schema dell'atto (ossia la liberazione dal debito); E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 301; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 145; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 188; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 172.

⁴¹ Per la giurisprudenza, si vedano Cass. 20 aprile 1965, n. 761, in *Rep. giust. civ.*, 1958, *Servitù*, n. 72; Cass. 18 agosto 1956, n. 3129, in *Foro it.*, 1957, I, 410.

⁴² Non si è mancato di invocare il tema del principio di tassatività delle ipotesi suscettibili di trascrizione. Sulla permanenza di tale principio nel sistema, si vedano almeno G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 14, il quale sottolinea come la tesi della tassatività contrasti con gli orientamenti desumibili dal c.d. diritto vivente in quanto è «(...) frequente, innanzitutto, l'impiego di soluzioni "largheggianti" da parte di dottrina e giurisprudenza in casi concreti per i quali la legge non prevede espressamente la trascrizione, con la conseguente ammissione della trascrivibilità di diritti reali «atipici», obbligazioni propter rem, regolamenti condominiali, atti d'obbligo, convenzioni urbanistiche e vincoli «atipici», domande giudiziali non previste dalla legge, cessioni di posizioni contrattuali, fattispecie modificative o estintive di situazioni giuridiche già segnalate, accertamenti negoziali, ecc. (...)»; ID., *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 103 ss., ancora lo stesso autore afferma che bisogna abbandonare le residue suggestioni provenienti da un modello ormai superato, ad esempio adottando senza timori una nuova metodologia giuridica, fondata sull'interpretazione sistematica, assiologica e costituzionalmente orientata; ID., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare, tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 689 ss.; ID., *Trascrizione immobiliare, Costituzione Repubblicana e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, op. cit., p. 47 e ss.; ID., *Questioni generali e problemi aperti in materia di trascrizione immobiliare*, in *Riv. not.*, 2013, p. 749 e ss.; ID., *Trascrizione immobiliare e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir.*

zionato] principio della sovranità sulle sfere soggettive di appartenenza immobiliare».

³⁶ G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 655.

³⁷ G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 655.

³⁸ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, p. 85; E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, cit., p. 945.

³⁹ F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 938.

⁴⁰ F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 936-937; L.V. MOSCARINI, *Rinuncia*, cit., p. 6; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, p. 86 ss., il quale ritiene che la regola sia il carattere non recettizio dell'atto di rinuncia, cui fa eccezione (per i fini che qui interessano) la

essenziale per rendere edotti i terzi dell'avvenuta dimissione del diritto reale. È da esaminare, allora, il problema della trascrizione, la cui analisi non può che prendere le mosse dal disposto normativo contenuto nell'art. 2643, n. 5, c.c., che appunto prevede la trascrizione degli atti di rinuncia ai diritti immobiliari⁴³.

In argomento, è opportuno sottolineare da subito come autorevole dottrina⁴⁴ abbia posto in evidenza l'incongruenza del richiamo, quanto agli effetti della trascrizione, all'art. 2644 c.c. Si è osservato, infatti, che l'acquisto che si realizza in capo al terzo non avviene a titolo derivativo, bensì a titolo originario, in considerazione della natura meramente abdicativa della rinuncia. Si è affermato, allora, che «la disciplina della trascrizione della rinuncia non è in linea con gli effetti sostanziali che alla rinuncia stessa conseguono»⁴⁵.

Ne è derivata la necessità teorica di chiarire perché il legislatore abbia effettuato tale richiamo, atteso che è indubbio vi sia un disallineamento tra natura dell'atto di rinuncia e funzione della trascrizione ex art. 2644 c.c. L'opzione accolta dal legislatore è stata spiegata rilevando che l'acquisto del terzo (Stato) è una conseguenza economica ed anche giuridica, sia pure meramente indiretta e riflessa, della manifestazione di volontà del rinunziante. Può dirsi allora che, ponendosi la rinuncia quale antecedente l'antecedente logico-giuridico dell'acquisto non di un terzo indifferenziato ma di un terzo ben individuato dalla legge (lo Stato o, nel caso di comproprietà, l'altro o gli altri condividenti), vengono in rilievo, sia pure con un'intensità minore, le ragioni cui è sottesa la trascrizione per gli effetti dell'art. 2644 c.c.⁴⁶

Dopo aver provato a spiegare gli effetti connessi alla trascrizione della rinuncia al diritto di proprietà, v'è ora da chiedersi come in concreto si effettui la tra-

scrizione⁴⁷. Va detto che, sul punto, in dottrina si riscontra la presenza di due diverse tesi.

Secondo una prima impostazione, sostenuta da parte della dottrina⁴⁸, la trascrizione andrebbe presa contro il rinunziante ed a favore dello Stato, in maniera non dissimile da quanto accade in un normale contratto di scambio avente ad oggetto diritti su beni immobili.

Di avviso opposto è altra parte della dottrina⁴⁹, la quale, muovendo dalla natura meramente abdicativa della rinuncia, ha ritenuto che la trascrizione della rinuncia dovrebbe essere presa unicamente contro il rinunziante, non potendosi reputare il beneficiario indiretto della stessa quale soggetto in cui favore effettuare la formalità pubblicitaria.

Andando ad esaminare le ricostruzioni in campo, non può tacersi una certa preferenza per la seconda tesi, la quale si lascia apprezzare per la sua capacità di meglio acconciarsi alla natura del negozio abdicativo. Si è detto a più riprese che la rinuncia produce effetti unicamente nella sfera giuridica del suo autore, di guisa che le eventuali modificazioni della sfera giuridica altrui costituiscono effetti solo indiretti e riflessi del negozio posto in essere. Nella nostra ipotesi a mancare è un effetto traslativo diretto e voluto nei confronti di un terzo⁵⁰. Si consideri, poi, che gli interpreti appaiono in prevalenza orientati nel ritenere che l'acquisto dello Stato avviene a titolo originario, con ciò suffragando proprio l'assunto per cui è più corretto che la trascrizione venga presa unicamente contro il soggetto rinunziante.

Vero è che la collocazione codicistica dell'art. 2643, n. 5, c.c. potrebbe far pensare ad una scelta di sistema effettuata dal legislatore. Nondimeno va rilevato che un simile ragionare può portare ad obliterare i profili

civ., 2014, p. 329 e ss. Precedentemente sul tema già V. IVONE SALVO, *Nuove funzioni della trascrizione nel sistema della pubblicità*, Napoli, 2002 e M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003.

⁴³ Cfr. L. V. MOSCARINI, *Rinuncia*, cit., p. 6; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 662; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione. Art. 2643-2696*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1995, p. 150 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. Civ. Comm.*, Schlesinger, Milano, 1991, p. 228 ss.; ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 253 ss.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da Bessone, IX, Torino, 2012, p. 82 ss.; C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 108 ss.

⁴⁴ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 230 ss.

⁴⁵ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁶ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 233, ove si legge che «In altre parole è ben vero che la rinuncia abdicativa non ha un oblato [...], ma è anche vero che tale oblato è individuato dalla legge rispettivamente nello Stato e nel titolare del diritto di proprietà, a seconda che si rinuncia alla proprietà ovvero ad un diritto reale su cosa altrui. In termini funzionali, dunque, è difficile negare una perfetta affinità tra questa fattispecie e quella dell'atto attributivo, sul piano della concreta attuazione della vicenda. Il risultato finale, pertanto, è lo stesso, perché il soggetto che rinuncia è come se rinunziasse a favore dello Stato o del proprietario».

⁴⁷ A livello operativo, si rammenta che il sistema meccanizzato di trascrizione non consente di selezionare quale diritto oggetto di rinuncia il diritto di proprietà, non risultando così possibile utilizzare il codice previsto per questo tipo di atto (146). Per fronteggiare tale lacuna la soluzione sembra dunque essere quella di far ricorso al codice generico (100).

⁴⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 234; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., p. 82; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 662; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione*, cit., p. 153.

⁴⁹ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 2, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1989, p. 424 ss.

⁵⁰ Anche la Circolare n. 128/T del 2 maggio 1995 sulle modalità di compilazione della nota di trascrizione ed iscrizione ipotecaria meccanizzata sembra escludere che la rinuncia ai diritti reali produca effetti traslativi. Al paragrafo 3.4 si afferma infatti che «restano escluse dall'obbligo della indicazione del regime patrimoniale delle parti le note relative ad *atti che, a qualunque titolo, non producono effetti traslativi* (pignoramento, sequestro conservativo, domande giudiziali, sentenza dichiarativa di fallimento ed altri provvedimenti in materia fallimentare, provvedimenti amministrativi costitutivi di vincoli ambientali, paesaggistici, archeologici e urbanistici), *le note relative ad atti di rinuncia a diritti reali di godimento* e quelle relative ai decreti di espropriazione per pubblica utilità».

sostanziali della rinuncia, i quali sono certamente più significativi di una collocazione nell'ordito codicistico che potrebbe essere muta rispetto ad opzioni valoriali. Ne discende, allora, la preferibilità di una trascrizione presa unicamente contro il rinunziante, così valorizzando la natura dell'atto in questione, in luogo di diverse ricostruzioni cieche rispetto al dato sostanziale.

Argomento ulteriore a sostegno di tale impostazione si ricava dall'atteggiamento della prassi quando è chiamata trascrivere gli atti di rinuncia abdicativa a diritti reali limitati, ed in particolare – per la sua frequenza – l'usufrutto. In tali ipotesi, infatti, si trascrive unicamente contro il suo autore e non a favore del nudo proprietario. La circostanza che in questa ipotesi l'effetto in capo al nudo proprietario è solo riflesso alla luce del principio di elasticità del dominio non legittima alcuna differenziazione con la rinuncia al diritto di proprietà dove l'acquisto in capo allo Stato è, per quanto visto, effetto riflesso. Inoltre, per ambedue le ipotesi il dato positivo di riferimento è rappresentato dall'art. 2643, n. 5, c.c.

6. Osservazioni conclusive

Le riflessioni che precedono certamente non possono considerarsi risolutive delle questioni connesse al tema indagato. Esse, se hanno un obiettivo, è quello di richiamare l'attenzione su una fattispecie che, nell'attuale quadro socio-economico, reclama un'osmosi tra le indagini degli studiosi ed i risvolti redazionali e processuali di quanti operano negli studi professionali e nelle aule di giustizia. La crisi economica rende talvolta la proprietà un peso, un costo difficile da sopportare.

È vero, però, che la rinuncia alla proprietà può essere strumentalizzata da chi voglia sottrarsi alle responsabilità non solo economiche discendenti da essa. In queste ipotesi l'atto rinunziativo diventa l'ombrello sotto il quale ripararsi, venendo meno a quei doveri inderogabili di solidarietà sociale ai quali si riferisce l'art. 2 Cost. e che informano l'intero impianto della Carta fondamentale.

L'attuale stagione dell'autonomia privata non può, perciò, ritenersi svincolata da un sindacato di meritevolezza sull'atto di autonomia, onde saggiarne la compatibilità e, soprattutto, la conformità ai principi su cui fonda l'ordinamento giuridico, rivenienti nella Costituzione il centro e ad un tempo il vertice ordinamentale⁵¹.

⁵¹ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., spec. § 3 ss.; M.A. URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*, Bessone, Torino, 1999, p. 94 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2ª ed., Torino, 2000, p. 186 ss.

Il rischio di sovrapporre il giudizio di liceità, che si apprezza in negativo come mancato contrasto con norme imperative, ordine pubblico e buon costume da un lato, e giudizio di meritevolezza

come valutazione in positivo dell'atto, quale strumento attuativo dei valori che l'ordinamento giuridico pone a suo fondamento, è avvertito da S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 394. In giurisprudenza, individua nella conformità alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume il presupposto della meritevolezza degli interessi *ex art. 1322 c.c.*, Cass., 24 maggio 2016, n. 10710, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Titoli di credito*, n. 4.

Strategie aziendali e tutela del consumatore: il caso Apple

abstract

The essay, with the recent important measure of "Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", examines Apple business strategy from the selling to the post selling, shown to be in contrast with the actual set of rules that defend the Consumer. For the first time in the world, the Consumer Authority face up with the "planned obsolescence" of digital devices, smartphone in this case. Analyzing the architecture and the operating system, the Authority has shown how Apple had a bad behavior just to make their all own devices outdated and not well performing, producing in the same time an incontestable damage to all the consumer.

keywords

Apple – Planned obsolescence – Smartphone – iPhone – iOS – Upgrade.

abstract

Il saggio, sulla scorta del recentissimo provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, esamina la strategia aziendale di vendita e di post vendita di Apple, mostratasi in contrasto con la normativa vigente in tema di tutela del consumatore. Per la prima volta al mondo l'Autorità Garante affronta il tema della "obsolescenza programmata" di apparecchi elettronici, smartphone nel caso di specie, andando ad analizzare sia l'architettura delle macchine che il sistema operativo in esse installato, al fine di dimostrare come la stessa casa produttrice abbia posto in essere una condotta scorretta finalizzata a rendere obsoleti e non più performanti intere serie di smartphone arrecando un evidente danno all'utente consumatore.

parole chiave

Apple – Obsolescenza programmata – Smartphone – iPhone – iOS – Upgrade.

sommario

1. Introduzione. – **2.** Le pratiche commerciali scorrette e la strategia aziendale di Apple. – **3.** I fatti e le condotte contestate. – **4.** Conclusioni.

1. Introduzione

Il provvedimento in esame rappresenta, a tutti gli effetti, il primo al mondo in tema di "obsolescenza pro-

grammata" di apparecchi elettronici a carico di Apple¹ e Samsung, multate, rispettivamente per 10 e 5 milioni di euro, per aver accelerato inducendo in errore l'utente o comunque non rendendolo sufficientemente edotto, delle notevoli limitazioni funzionali (riduzione delle prestazioni della macchina) a cui andava incontro attraverso la procedura di *upgrade*² e senza la possibilità di poter effettuare un *downgrade*³.

In sintesi ai due colossi della telefonia veniva contestato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo una complessa ed articolata istruttoria, di aver «realizzato pratiche commerciali scorrette

¹ Apple Computer ("Apple Computer Company" dal 1976 al 1977 e "Apple Computer Inc." dal 1977 al 2007) meglio conosciuta come Apple, è una multinazionale statunitense che produce sistemi operativi, computer e dispositivi multimediali con sede a Cupertino, in California. La società fu fondata nel 1976 da Steve Jobs, Steve Wozniak e Ronald Wayne, a Cupertino, nella Silicon Valley, in California. Fanno parte del gruppo Apple: 1) La Apple Inc, società di diritto statunitense, che è la controllante del gruppo multinazionale Apple. La società, con sede legale a Cupertino (California) negli Stati Uniti d'America, svolge anche in Italia, attraverso le proprie controllate, attività di direzione dell'attività di vendita e di assistenza ed in particolare distribuisce direttamente agli smartphone venduti dal gruppo gli aggiornamenti firmware. 2) La Apple Distribution International (di seguito anche ADI), società di diritto irlandese, appartiene al gruppo multinazionale Apple. La società, con sede legale a Hollyhill (Cork) nella Repubblica Irlandese, svolge in Italia attività di commercio e prestazione di servizi di assistenza post-vendita di prodotti di elettronica e informatica. 3) La Apple Italia S.r.l. (di seguito anche Apple Italia o AI) appartenente al gruppo multinazionale Apple, con sede legale a Milano, eroga servizi di supporto alla vendita e marketing di prodotti elettronici e telefonici, sistemi e tecnologie informatiche di altre società facenti parte dello stesso gruppo multinazionale Apple. 4) La Apple Retail Italia S.r.l. (di seguito anche Apple Retail Italia o ARI) appartenente al gruppo multinazionale Apple, svolge in Italia, attraverso proprie sedi locali denominate "Apple Store", attività di commercio e prestazione di servizi di consulenza, manutenzione e assistenza post-vendita di prodotti di elettronica, informatica e telecomunicazioni.

² Un aggiornamento *software* (spesso semplicemente noto come aggiornamento, oppure in lingua inglese *upgrade*, *update* o *patch*, negli ultimi casi in riferimento a programma), in informatica, si riferisce al processo di sostituzione di un componente *software* di un sistema informatico con un componente di uguale funzione più recente.

³ Per *downgrade* si intende l'installazione di una versione precedente di un software (retroceSSIONE; es. passare dalla versione 2 alla versione 1 di un determinato software o firmware).

in violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24⁴ del Codice

⁴ Art. 20 Codice del Consumo: «1. Le pratiche commerciali scorrette sono vietate. 2. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. 3. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera. 4. In particolare, sono scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23 o b) aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26. 5. Gli articoli 23 e 26 riportano l'elenco delle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate in ogni caso scorrette».

Art. 21 C. Cons.: «1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice. 2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporta: a) una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita; b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

3. È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza

dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza. 3-bis. È considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario. 4. È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza. 4-bis. È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che richiede un sovrapprezzo dei costi per il completamento di una transazione elettronica con un fornitore di beni o servizi».

Art 22 C. Cons.: «1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. 2. Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. 3. Qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi. 4. Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti, ai sensi del comma 1, le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto: a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso; b) l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce; c) il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale; e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto. 5. Sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto».

Art. 24 C. Cons.: «1. È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti

del Consumo in relazione al rilascio di alcuni aggiornamenti del *firmware* dei cellulari che hanno provocato gravi disfunzioni e ridotto in modo significativo le prestazioni, in tal modo accelerando il processo di sostituzione degli stessi.

Tali società, infatti, hanno indotto i consumatori – mediante l’insistente richiesta di effettuare il download e anche in ragione dell’asimmetria informativa esistente rispetto ai produttori – ad installare aggiornamenti su dispositivi non in grado di supportarli adeguatamente, senza fornire adeguate informazioni, né alcun mezzo di ripristino delle originarie funzionalità dei prodotti.

In particolare, Samsung ha insistentemente proposto, dal maggio 2016, ai consumatori che avevano acquistato un Note 4 (immesso sul mercato nel settembre 2014) di procedere ad installare il nuovo *firmware*⁵ di Android denominato Marshmallow predisposto per il nuovo modello di telefono Note 7, senza informare dei gravi malfunzionamenti dovuti alle maggiori sollecitazioni dell’hardware e richiedendo, per le riparazioni fuori garanzia connesse a tali malfunzionamenti, un elevato costo di riparazione. Quanto ad Apple, essa ha insistentemente proposto, dal settembre 2016, ai possessori di vari modelli di iPhone 6⁶ (6/6Plus e 6s/6sPlus rispettivamente immessi sul mercato nell’autunno del 2014 e 2015), di installare il nuovo sistema operativo iOS 10 sviluppato per il nuovo iPhone7, senza informare delle maggiori richieste di energia del nuovo sistema operativo e dei possibili inconvenienti – quali spegnimenti improvvisi – che tale installazione avrebbe potuto comportare. Per limitare tali problema-

preso».

⁵ Per *firmware* si intende un codice o programma, cioè una sequenza di istruzioni, integrato direttamente in un componente elettronico programmato.

⁶ Gli smartphone iPhone sono gestiti da un sistema operativo denominato iOS, contraddistinto da un numero di serie che ne indica la versione. Tale sistema operativo è stato progettato e realizzato da Apple Inc, che ne cura e distribuisce gli aggiornamenti. «Il rilascio di una nuova versione di iOS riguarda il sistema operativo strettamente inteso e ulteriori programmi software per la gestione dell’apparecchio e delle App che vengono installate su di esso, come ad esempio i c.d. “Quadri”, collezioni di codici software che permettono ad un’applicazione di appoggiarsi su dati e funzionalità del dispositivo. Nell’ambito del rapporto post-vendita con gli acquirenti dei propri dispositivi, Apple costantemente e ricorrenemente suggerisce a quasi tutti i consumatori in possesso dei diversi modelli di iPhone di procedere all’aggiornamento del *firmware* dei propri dispositivi. Specificamente, Apple sviluppa e rilascia con cadenza annuale delle nuove versioni di iOS contenenti nuove funzioni o nuove caratteristiche delle funzioni già presenti nelle precedenti versioni, che vengono sia inserite nei nuovi modelli iPhone che proposte ai possessori dei dispositivi compatibili, invitandoli ad aggiornare iOS all’ultima versione disponibile. Gli aggiornamenti di maggior rilievo del sistema operativo iOS vengono generalmente rilasciati (“*release*”) a settembre di ciascun anno – c.d. Keynote – e abbinati alla presentazione di un nuovo modello di iPhone dalle caratteristiche tecnologiche superiori” (così Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento del 25/09/2018 pag. 7).

tiche, Apple ha rilasciato, nel febbraio 2017, un nuovo aggiornamento (iOS 10.2.1), senza tuttavia avvertire che la sua installazione avrebbe potuto ridurre la velocità di risposta e la funzionalità dei dispositivi. Inoltre, Apple non predisponendo alcuna misura di assistenza per gli iPhone che avessero riscontrato problemi di funzionamento non coperti da garanzia legale, e solo nel dicembre 2017 ha previsto la possibilità di sostituire le batterie ad un prezzo scontato. Nei confronti di Apple è stata altresì accertata una seconda condotta in violazione dell’art. 20 del Codice del Consumo in quanto la stessa, fino a dicembre 2017, non forniva ai consumatori adeguate informazioni circa alcune caratteristiche essenziali delle batterie al litio, quali la loro vita media e deteriorabilità, nonché circa le corrette procedure per mantenere, verificare e sostituire le batterie al fine di conservare la piena funzionalità dei dispositivi. Alle due imprese sono state applicate sanzioni pari al massimo edittale, tenuto conto della gravità delle condotte e della dimensione dei professionisti: a Samsung 5 milioni di euro e ad Apple 10 milioni di euro (5 milioni per ciascuna delle due pratiche contestate). Entrambe le imprese dovranno inoltre pubblicare in italiano sulla pagina del proprio sito internet una dichiarazione in rettifica che informi della decisione dell’Autorità con il link al provvedimento di accertamento. Nel corso dell’attività ispettiva, i funzionari dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si sono avvalsi dell’ausilio del Nucleo speciale Antitrust della Guardia di Finanza»⁷.

A partire dal *keynote*⁸ del 2016, in occasione della presentazione del nuovo iPhone7 e del nuovo IOS 10, installato sul dispositivo mobile, Apple, di cui ci occuperemo dettagliatamente più innanzi, ha posto in essere una nuova strategia commerciale, invitando con insistenza e notevole frequenza, attraverso notifiche a mezzo *banner*⁹ che comparivano sullo *smartphone* durante il suo utilizzo, gli utenti, possessori di un iPhone 6 o 6S e delle sue varianti Plus ad aggiornare il sistema operativo per passare a quello successivo e più potente in quanto corredato di nuove funzioni.

Tale insistenza, tuttavia non corrispondeva affatto ad una esaustiva e completa informazione all’utente finale dei rischi a cui si andava in contro ed in particolare alle «maggiori richieste di energia del nuovo sistema operativo e dei possibili inconvenienti – quali spegnimenti improvvisi¹⁰ – che tale installazione avrebbe

⁷ Nota Agcm del 24/10/2018.

⁸ Termine usato per indicare l’evento Apple di presentazione dei nuovi prodotti.

⁹ Termine usato per indicare riquadri di avvisi.

¹⁰ Tecnicamente detto fenomeno degli UPO (“*Unexpected Power Off*”), si manifesta in conseguenza dell’aggiornamento al sistema operativo iOS 10, a causa della incapacità della batteria di molti dei modelli di precedente concezione – e già ampiamente utilizzati dai consumatori – di sostenere le maggiori richieste energetiche del nuovo sistema operativo e delle sue numerose nuove funzionalità. Si tratta, come dimostrato, di un fenome-

potuto comportare»¹¹.

Nello specifico la Apple poneva in essere una «proposta insistente, ai consumatori in possesso di iPhone 6/6plus/6s/6splus, del sistema operativo iOS 10 e dei successivi aggiornamenti (tra cui iOS 10.2.1) le cui caratteristiche e impatto sulle prestazioni degli smartphone stessi sono state descritte in maniera omissiva ed ingannevole, senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio in caso di verificata diminuzione delle prestazioni (quali il downgrading o la sostituzione della batteria a costi ragionevoli)»¹².

A tale pratica scorretta se ne aggiungeva un'altra in quanto, fino a dicembre 2017, la Apple non forniva «ai consumatori adeguate informazioni circa alcune caratteristiche essenziali delle batterie al litio» quali la vita media della stessa, la sua deteriorabilità e delle corrette procedure per «mantenere, verificare e sostituire le batterie al fine di conservare la piena funzionalità dei dispositivi».

2. Le pratiche commerciali scorrette e la strategia aziendale di Apple

Prima di entrare nel vivo del parere formulato dall'Agcm è necessario fare un passo indietro inquadrando sistematicamente il c.d. «pratica commerciale scorretta» per poi passare ad una disamina della politica commerciale posta in essere dalla Apple e l'importanza data alla «fidelizzazione» dei clienti.

La Dir. 2005/29/CE ha introdotto la disciplina delle pratiche commerciali scorrette attesa la necessità di dotare il consumatore di maggiori sistemi di tutela, in considerazione di una sempre maggiore aggressività del mercato nonché di un affinamento delle tecniche di marketing e di un progressivo aumento indiscriminato di forme di contratti con il consumatore¹³.

Necessitava dunque, come affermato da parte au-

no generalizzato e non riconducibile, come sostenuto da Apple, ad una pluralità di altri e diversi elementi che potrebbero avere influenzato solo apparecchi in talune specifiche situazioni (quali ad esempio temperature particolari, livello di carica, impedenza della batteria, carico di lavoro). Risulta, infatti, che il problema degli UPO emerge dapprima per gli iPhone 6s, per i quali il professionista lancia un programma di sostituzione gratuita delle batterie per alcuni specifici lotti produttivi. Per fronteggiare tale problema rispetto a tutti i modelli iPhone interessati, Apple dapprima introduce un sistema di diagnostica (con l'aggiornamento 10.2) e poi sviluppa e rilascia (con l'aggiornamento iOS 10.2.1) la funzionalità power management, che ha come effetto di ridurre le richieste di energia del dispositivo e quindi ridurre il fenomeno degli UPO: come Apple ha precisato che «per gli utenti che erano stati interessati da casi di spegnimento improvviso, c'era stata una riduzione degli spegnimenti pari a più dell'80% per gli iPhone 6s e a più del 70% per gli iPhone 6». (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 5).

¹¹ (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 41).

¹² (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 3)

¹³ E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2016, 425 ss.

torevole della dottrina, che al professionista venisse imposto un *corpus di regole*¹⁴ tali da dotarlo di un certo grado di diligenza e buona fede, nonché di una soglia standard di competenza ed attenzione nell'esercizio della propria attività d'impresa¹⁵.

Il sistema europeo di tutela del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette veniva recepito in Italia attraverso il D.Lgs. n. 146/2007, il quale all'art. 18, comma 1, lett d) tipizzava la pratica commerciale scorretta come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Data la sua ampiezza, la nozione si prestava ad assorbire qualsiasi «comportamento positivo o negativo, attivo o passivo», in grado di influenzare, in misura più o meno apprezzabile, il comportamento del consumatore, soggetto debole della relazione con il professionista¹⁶.

La «contrarietà alla diligenza professionale» di cui all'art. 20 comma 2 del D.Lgs n. 146/2007 inquadra, in maniera, precisa la condotta che deve essere posta in essere dal professionista affinché l'attività professionale, contraria alla diligenza professionale, possa essere qualificata come «scorretta» e quindi vietata¹⁷. In particolare questa, influenzando l'affidamento del consumatore verso il professionista, si dimostra falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico di quest'ultimo e quindi della sua libertà di scelta¹⁸.

Il legislatore distingueva, con due diverse previsioni normative, tra pratiche commerciali ingannevoli ex art. 21 c. cons. e pratiche commerciali aggressive ex art. 24 ss del codice.

Le prime sono definite quali il risultato di una «pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qual-

¹⁴ In tal senso: M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008, 4, nt. 17.

¹⁵ A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alla pratiche commerciali scorrette*, in *Contratti*, 2018, 6, 689 ss.

¹⁶ A.P. SEMINARA, in *op. cit.*, 693 e ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, 3, 688 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, 143 ss.

¹⁷ D. VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 11157 ss.

¹⁸ cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. I Sent., 12/06/2015, n. 8253, «L'art. 20, comma 2, D.Lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo) stabilisce che una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. Le pratiche commerciali scorrette sono ingannevoli o aggressive».

siasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Appare dunque evidente come il legislatore riteneva necessario, per la qualificazione dell'illiceità, l'essenzialità dell'errore indotto, cioè la sua idoneità a spingere il consumatore verso una decisione diversa da quella che avrebbe potuto altrimenti prendere¹⁹.

A tale condotta "attiva" se ne aggiungeva una seconda di carattere "omissivo"²⁰ secondo la previsione dell'art. 22, in cui in questo caso è una omissione ad indurre in errore il consumatore e quindi a prendere una decisione che diversamente, qualora compiutamente edotto, non avrebbe preso.

In ultimo nel 2005, il Legislatore con la Dir. 29/05 riteneva di ampliare ancora la categoria delle pratiche commerciali vietate attraverso l'introduzione del c.d. pratiche commerciali aggressive. Queste, ai sensi dell'art. 24 sono quelle particolari pratiche che «nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Appare dunque evidente l'architettura della nuova fattispecie normativa basata su due elementi: uno di carattere strutturale, consistente nel tipo di mezzo aggressivo utilizzato, ed un altro di carattere funzionale, ovvero l'idoneità, analogamente alle pratiche ingannevoli, ad indurre il consumatore ad una scelta che altrimenti non avrebbe preso²¹. Tale pratica veniva qualificata come «fortemente invasiva, per le pressioni in cui in concreto consiste, della libertà di scelta del consumatore. Tale condotta quindi non incide, quanto meno necessariamente, sulla possibilità per il consumatore di acquisire gli elementi conoscitivi necessari circa il contenuto del contratto, ma sulla stessa volontà di stipularlo pur in presenza di un giudizio negativo

¹⁹ A.P. SEMINARA, in *op. cit.*, 295 e ss.

²⁰ cfr. Cons. Stato Sez. VI, 06/09/2017, n. 4245, «I presupposti in presenza dei quali una pratica commerciale deve essere considerata ingannevole sono due. Deve trattarsi, in primo luogo, di condotta «contraria alla diligenza professionale» rientrante tra le tipologie di «azioni» o «omissioni» ingannevoli previste dal Codice del consumo (artt. 21 e 22). Il secondo è rappresentato dall'attitudine della pratica «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». (Conferma T.A.R. Lazio Roma, Sez. I n. 1586 del 2011)».

²¹ A.P. SEMINARA, in *op. cit.*, 297 e ss.

sulla sua convenienza»²².

La Apple, nonostante una normativa così stringente per il professionista, esposto ad un rischio sanzionatorio rilevante da un punto di vista economico, costruiva parte della sua fortuna su di una complessa strategia aziendale, il più delle volte in contrasto con la normativa a tutela del consumatore.

Da sempre, il colosso di Cupertino, ha proposto, attraverso proprie applicazioni quali "AppleStore" ed "iTunes" una sconfinata scelta di applicativi e musica oltre a servizi di *cloud storage* dei documenti dell'utente, gratuito fino a una capacità di 5 Gigabyte e a pagamento oltre tale misura, e il servizio di pagamento online "iPay".

Tutti i download effettuati, siano essi gratuiti o a pagamento, possono essere trasferiti da uno smartphone ad un altro modello successivo, clonando di fatto la macchina e non perdendo i dati in essa contenuti siano essi applicativi, musica, foto, video o mere conversazioni chat (c.d. "backup")

L'intuizione delle librerie musicali, costruite su software di proprietà Apple, invogliava l'utente a fidelizzarsi al marchio Apple, preferendo acquistare un modello successivo di "melafonino" piuttosto che passare a modelli prodotti da aziende concorrenti.

La produzione di modelli nuovi e più potenti è di fatto il cuore della politica aziendale Apple, volta proprio ad invogliare il consumatore medio a passare in modo semplice al modello successivo (*upgraders*). In tale ottica l'allungamento della vita dei prodotti e del ciclo di rinnovo viene visto come un vero e proprio pericolo per i risultati aziendali; di fatti l'Apple ha applicato e favorito una vera e propria politica di "trade in" dei prodotti piuttosto che la loro semplice riparazione anche attraverso istruzioni restrittive sull'ammissibilità delle riparazioni in garanzia e sull'elevato costo delle stesse al di fuori della stessa.

Chiarito questo aspetto è possibile entrare nel dettaglio della vicenda.

3. I fatti e le condotte contestate

Pratica sub A): proposta insistente di aggiornamenti del sistema operativo iOS sulla base di informazioni omissive ed ingannevoli in merito alle caratteristiche e all'impatto dell'aggiornamento sulle prestazioni dello smartphone, senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio.

La Apple provvede all'aggiornamento di tutti i suoi smartphone in modalità *wireless*, ossia attraverso una tecnologia chiamata "FOTA" (*firmware over the air*) che consente agli utenti di poter aggiornare il proprio dispositivo senza doverlo connettere ad un computer²³. Una volta rilasciato l'aggiornamento, l'utente

²² Cons. Stato Sez. VI Sent., 20/06/2012, n. 3588.

²³ Tale tecnologia viene chiamata in gergo *MSM*, *Mobile Software Management* e consente all'utente di scaricare l'aggiornamento

viene attenzionato circa la disponibilità di un nuovo aggiornamento²⁴ attraverso messaggi standardizzati del tipo “*iOS include correzioni di errori²⁵ e migliora il livello di sicurezza*”. All’utente, quindi, non resta che procedere all’aggiornamento del proprio dispositivo in quanto, qualora non vi abbia proceduto, verrà successivamente raggiunto da messaggi FOTA di analogo contenuto, in risposta ai quali si può solo rinviare l’installazione dell’aggiornamento con la scelta della opzione “*Ricordamelo più tardi*”, impedendo di fatto la possibilità di rifiutare definitivamente il download, sottraendosi alle successive ripetizioni del messaggio FOTA, limitando di fatto la sua libertà di scelta²⁶. Dunque, anche nel caso in cui un consumatore abbia valutato non opportuno passare alla nuova versione di iOS, esso non può, in alcuno modo, impedire il continuo ripetersi dei messaggi che lo spronano a scaricare l’aggiornamento e ad installarlo sul dispositivo. Tuttavia, l’utente a fronte di tale insistenza non ha alcuna informazione in ordine alla reversibilità del processo di installazione (*downgrade*). Tale impossibilità di *downgrading* rappresenta, per esplicita ammissione della Apple stessa, una chiara scelta di politica aziendale laddove il “*downgrade dell’iOS contrasterebbe apertamente con il tipo di esperienza d’uso dell’iPhone concepito da Apple*”²⁷.

Il vero e proprio “*crash*” della strategia di aggiornamento per i dispositivi iPhone, si verificava nel 2016 anno in cui Apple immetteva sul mercato i nuovi iPhone 7 e 7plus, controllati da un microprocessore “A10 Fusion” QuadCore 64 bit a 2,3 GHz e coprocessore di movimento M10, RAM rispettivamente da 2 e da 3 Gigabyte e fotocamere da 7 (retro) e da 12 (frontale) megapixel.

Il nuovo modello di iPhone, al momento della presentazione, rappresentava un vero e proprio salto

direttamente da remoto, di solito in pochi minuti a seconda della velocità di connessione fornita dal gestore della linea dati e della “peso” del file.

²⁴ Attraverso un *alert* di colore rosso che compare in alto a destra dell’icona “impostazioni” della schermata “home” del telefonino.

²⁵ Chiamati in gergo “BUG” identifica un errore nella scrittura del codice sorgente di un programma *software* che può portare a un suo malfunzionamento e, in certi casi, rendere vulnerabile ad attacchi informatici l’apparecchio che ospita il *software*.

²⁶ cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. I Sent., 11/06/2009, n. 5570: «La valutazione in ordine all’aggressività della pratica commerciale posta in essere nei confronti del consumatore, idonea in quanto tale a limitare in modo considerevole la libertà di scelta del contraente, inducendolo ad assumere una posizione contrattuale che non avrebbe altrimenti assunto, va condotta, ex artt. 24 e 25 del D.Lgs. n. 206 del 2005, avuto riguardo ai tempi, al luogo, alla natura ovvero alla persistenza della pratica, al ricorso alla minaccia fisica o verbale, allo sfruttamento da parte del professionista di circostanze idonee ad alterare la capacità decisionale e valutativa del consumatore, agli ostacoli imposti dal professionista all’esercizio di diritti contrattuali da parte del consumatore, nonché alle minacce di proposizione di temerarie azioni legali».

²⁷ Memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018.

generazionale, una macchina di nuovissima generazione con CPU innovativa a quattro unità di calcolo (QuadCore), di cui due ad alte prestazioni e consumo di energia (da utilizzarsi solo quando richiesto dalla macchina) e due a basse prestazioni utilizzate per tutte le altre funzioni. Rispetto ai precedenti iPhone *DualCore* (a due unità di calcolo) gli iPhone di nuova generazione, venivano gestiti dal nuovo sistema operativo iOS 10²⁸.

Il nuovo sistema operativo, disponibile anche per i precedenti modelli di iPhone (5 e 5c con limitazioni di utilizzo anche per diverso equipaggiamento *hardware*²⁹) veniva rilasciato senza limitazione alcuna di utilizzo per gli iPhone 6, 6Plus, 6s e 6sPlus, omettendo di allertare l’utente di tutte le conseguenze, a livello di resa della macchina e di durata della batteria, attesi i notevoli picchi energetici richiesti essendo, il nuovo sistema operativo, progettato su macchine dotate di processore *QuadCore*.

A seguito di tale aggiornamento si intensificavano, sui possessori di iPhone 6 ed in particolare di 6S, gli episodi di *shut down* (spegnimento) pur in presenza di una batteria carica più del 10% con un aumento esponenziale di richieste di intervento (poco più di 300 nell’agosto 2016 ad oltre 1500 nel gennaio 2017).

Pressata dalle richieste di intervento, la Apple rilasciava nel dicembre 2016 l’aggiornamento 10.2 e nel gennaio 2017 l’aggiornamento 10.2.1. che conteneva una specifica funzione di controllo del consumo della batteria, volta proprio a limitare ed arginare i picchi energetici ed il conseguente UPO, limitando, in alcuni casi le performance dello smartphone.³⁰ Al tempo stesso la casa produttrice dava la possibilità ai consumatori che lo avessero richiesto entro il 31 dicembre 2018, di cambiare la batteria a prezzo di costo (29€ e non 79€).

Tale scelta aziendale tuttavia, pur venendo incontro all’utente, cercando di arginare la limitata funzionalità

²⁸ Il nuovo sistema operativo è caratterizzato da una gestione interattiva delle funzioni Messaggi e Siri, l’introduzione della funzione *Memories in Photos* per la gestione della libreria fotografica, oltre alle nuove app *Home* e *News*, mappe più semplici e intuitive, nonché miglioramenti alla funzione Apple Music.

²⁹ Le limitazioni riguardano l’utilizzo di *ApplePay*, *Safari Content Blockers*, *TouchID*, *Night Shift*, *Pedometer* e i significativi miglioramenti nella gestione delle funzioni foto e video.

³⁰ Per gli utenti interessati da casi di spegnimento improvviso, c’era stata una riduzione degli spegnimenti pari a più dell’80% per gli iPhone 6s e a più del 70% per gli iPhone 6. Apple precisava, altresì, che “nei casi che richiedono forme più estreme di questa gestione e ottimizzazione delle prestazioni, gli effetti (...) possono comportare tempi di avvio delle applicazioni più lunghi, minor numero dei fotogrammi e rallentamento durante lo scorrimento, riduzione della retroilluminazione (che può essere annullata dall’utente), volume dell’altoparlante più basso, graduale riduzione del numero dei fotogrammi in alcune applicazioni o disattivazione del flash della fotocamera” ma che “in alcuni casi, un utente potrebbe non notare alcuna differenza nelle prestazioni ordinarie del dispositivo”. (Cfr. la memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018).

dello smartphone e della durata della batteria, impediva allo stesso di optare se riportarlo alla precedente versione del sistema operativo (*downgrade*) o di utilizzarlo con una evidente riduzione di performance, attese le limitazioni introdotte sulle macchine di vecchia generazione (*DualCore*). A questo si aggiungeva che la Apple, pur essendo a conoscenza del problema sin dal primo trimestre del 2016, continuava ad invitare tutti i possessori di iPhone ad effettuare l'aggiornamento al nuovo sistema operativo³¹.

Pratica sub B) La mancata informazione sulla durata delle batterie e sulla loro corretta gestione, al fine di rallentarne la naturale usura e per mantenere un adeguato livello di prestazioni dei propri dispositivi cellulari.

La Apple attraverso i suoi canali web informava i consumatori circa il ciclo di vita delle batterie al litio montate sui propri dispositivi, nonché le accortezze da adottare per ottimizzare il ciclo di vita delle batterie stesse, proprio al fine di far “rendere al massimo il dispositivo”; tuttavia in maniera del tutto lacunosa ed insufficiente allertava gli stessi che “dopo un certo numero di ricariche la capacità (della batteria) diminuisce”, “che tutte le batterie ricaricabili hanno un ciclo di vita limitato” e che “alla lunga potrebbe essere necessario rivolgersi ad un servizio di assistenza”³² precisando, altresì, che la batteria al litio montata sui propri smartphone era stata testata per 500 cicli completi di ricarica, cioè dallo 0% di carica presente al 100%.

Appare evidente come la casa produttrice dei Cupertino, pur a conoscenza dal 2015 della “annosa” questione della durata della batteria al litio montata sui propri smartphone non preoccupava minimamente di informare esaurientemente i consumatori «sull'esistenza di una chiara correlazione fra lo stato delle batterie e le prestazioni degli iPhone, istruzioni per la loro ottimizzazione, informazioni sul loro invecchiamento, sulla possibilità che una batteria non efficiente sia causa di spegnimenti inattesi del dispositivo o di riduzioni delle prestazioni, sull'opportunità in ultima analisi di controllare lo stato della batteria nonché di procedere ad una sua sostituzione»³³.

Solo nel dicembre 2017 la Apple, attraverso una pagina pubblicata sul proprio sito, ammetteva per la prima volta una chiara correlazione tra stato della batteria e le prestazioni dello smartphone.

³¹ I difetti lamentati da alcuni consumatori consistevano nel blocco della macchina fotografica, nella comparsa di una linea verticale sulle foto, nel consumo anomalo della batteria e spegnimento quando la batteria segnava ancora un livello non marginale (difetti attribuiti dall'Apple Store ad un utilizzo non corretto dell'iPhone); a questi si aggiungevano un rapido abbassamento della carica della batteria, ripetuti spegnimenti (“UPO”) e riaccensioni automatici da parte del cellulare dopo l'aggiornamento iOS 11, per i quali la soluzione proposta dall'Apple store era una riparazione a carico del consumatore dal costo di 350 euro.

³² Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 4.

³³ (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 28).

In tale pagina si leggeva: «Aspetti importanti di tale tecnologia sono la batterie e le prestazioni. Le batterie ... a loro volta incidono sulle prestazioni di iPhone ... Tutte le batterie ricaricabili hanno un ciclo di vita limitato perciò con il tempo la capacità e le prestazioni diminuiscono... Questo può portare a variazioni nelle prestazioni di iPhone»³⁴ per le quali si fornivano informazioni ed istruzioni. Nel paragrafo relativo ad “Ottimizzare le prestazioni della batteria” la società produttrice metteva in chiaro all'utente la distinzione tra la durata della batteria (intesa come il quantitativo di ore di autonomia prima di dover essere ricaricata) – e il ciclo di vita (durata complessiva della batteria «che dipende dalla sua “età chimica”, non corrispondente solo all'età cronologica e tiene conto di diversi fattori, come il numero di cicli di ricarica e come è stata trattata la batteria»)³⁵.

Nel paragrafo relativo all'invecchiamento chimico delle batterie, la Apple chiariva che poteva diminuire non solo la capacità di mantenere la carica ma anche la sua capacità di fornire energia in tempi rapidi, aggiungendo che «per il corretto funzionamento del telefono, i componenti elettronici devono essere in grado di attingere dall'energia istantanea della batteria” e “quando il sistema di gestione dell'energia non è più in grado di garantire il funzionamento del dispositivo, il sistema si spegne ... Tale spegnimento, intenzionale dal punto di vista del dispositivo, potrebbe risultare inatteso per l'utente»³⁶.

A seguire, nel paragrafo «Evitare lo spegnimento inatteso» si precisava che quando la batteria ... «ha un'età chimica elevata ... è più probabile che si verifichino spegnimenti inattesi (UPO)” e “in casi estremi, possono verificarsi con più frequenza, al punto da rendere il dispositivo non affidabile o inutilizzabile».

Sulla scorta di tale chiarimento la Apple, illustrava all'utente l'esistenza di ulteriori possibili conseguenze quando lo smartphone richiedeva una gestione dell'energia più incisiva, quali: avvio più lento delle app, riduzione della frequenza delle immagini, del volume degli altoparlanti, la disabilitazione di alcune funzioni e l'aggiornamento delle app in *background*.

In ultimo, nel paragrafo finale “Maggiori informazioni” si concludeva ammettendo che «se la batteria del dispositivo ha raggiunto una certa età chimica, le variazioni nella gestione dell'energia potrebbero perdurare ... Se si riscontrano questi comportamenti e si desidera migliorare le prestazioni del dispositivo, potrebbe essere utile sostituire la batteria»³⁷.

Tali prime importanti ammissioni si affiancavano al programma, se pur restrittivo, di sostituzione delle batterie al prezzo di costo. Tuttavia, la Apple, non solo tendeva a minimizzare il problema, riconducendolo al

³⁴ (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 29).

³⁵ (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 29).

³⁶ (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 29).

³⁷ (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 29).

“ciclo naturale” di vita chimica di una batteria al litio, ma consigliava al consumatore, qualora avesse voluto evitare spegnimenti improvvisi del proprio dispositivo, di aggiornare sempre il software all’ultima versione disponibile.

In altre parole la Apple da un lato ammetteva la correlazione tra stato di efficienza della batteria al litio e prestazioni del proprio smartphone e dell’altro suggeriva una serie di “*cautele*” (*sic!*) che avrebbero di fatto solo peggiorato la situazione, appesantendo il dispositivo con un *software* progettato su dispositivi e batteria di generazione ed architettura completamente diversi.

In buona sostanza, la diversa gestione della batteria da parte di un sistema operativo più complesso e di *app* sempre più performanti, amplificava ancora di più il fenomeno non solo degli spegnimenti improvvisi del dispositivo mobile ma anche una evidente riduzione delle prestazioni e di difetti di avvio sia delle *app* nate (macchina fotografica) che quelle di terzi.

Anche l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), investita del problema dal Garante, sull’assunto che la pratica commerciale censuranda era stata diffusa a mezzo rete internet, con parere del 20 settembre 2018, nel ribadire come Internet quale rete di comunicazione globale sia in grado di influenzare capillarmente la base degli utenti di Apple e quindi a realizzare a pieno la strategia commerciale aziendale, osservava come, di fatti, l’utente possa essere stato condizionato ad installare gli aggiornamenti suggeriti ritenendoli indispensabili per un corretto e performante utilizzo del proprio smartphone. Tale pratica ingenerava nell’utente-consumatore il convincimento che tale pratica di *upgrade* avrebbe potuto solo migliorare le prestazioni del proprio dispositivo mobile e non di certo peggiorarle.

4. Conclusioni

Il Garante, rigettate le scarse e insufficienti argomentazioni difensive della Apple³⁸, censurava le pratiche commerciali di cui sub A) e B) come scorrette, erogando la sanzione di € 5.000.000 (cinque milioni di euro) per ciascuna pratica, ritenendo responsabili delle pratiche analizzate, in solido tra loro, Apple Inc., Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l.

L’AGCM riconduceva l’operato di tutte le predette società ad un unico e complesso meccanismo aziendale di vendita e post vendita. Nello specifico: 1) l’Apple

Inc, per aver fornito le direttive in base alle quali vengono svolte l’attività di vendita e di assistenza anche in Italia ed in particolare distribuisce tramite *FOTA* gli aggiornamenti *firmware* per gli *smartphone* Apple, da essa stessa sviluppati; 2) la L’Apple Distribution International per aver venduto direttamente – attraverso il sito *apple.com* – e indirettamente – attraverso vari canali – i prodotti Apple e i servizi di assistenza APP; 3) la Apple Retail Italia per aver gestito i punti vendita Apple (c.d. Apple Store in Italia), vendendo direttamente prodotti Apple e servizi di assistenza aggiuntiva APP e fornisce assistenza su tali prodotti; 4) La Apple Italia per aver svolto servizi di supporto a favore delle altre società del gruppo in Italia, rappresentando il punto di riferimento in Italia per tutta l’attività commerciale e per le concrete modalità con le quali svolgere in Italia tutte le funzioni del gruppo ed in particolare i servizi di assistenza per i prodotti a marchio Apple e l’attività del *call center*. Tutti i soggetti sopra descritti contribuivano congiuntamente alla realizzazione delle condotte oggetto della censura adottando un comportamento sostanzialmente uniforme in tutta la fase di promozione e commercializzazione dei prodotti iPhone.

Tutti i soggetti sopraelencati partecipavano congiuntamente ed uniformemente alla realizzazione delle condotte censurate, afferendo in definitiva, l’intero ciclo del processo di commercializzazione ed assistenza post vendita dei prodotti Apple.

Gli aggiornamenti di sicurezza o di risoluzione dei *bug*, pur nell’ottica aziendale di una corretta e utile assistenza al prodotto, al fine di assicurarne un utilizzo conforme alle sue caratteristiche rappresentate al momento della vendita modificavano significativamente le funzioni dell’iPhone apportando una modificazione sostanziale del prodotto già nel pieno e legittimo possesso del consumatore e usato dallo stesso quotidianamente.

L’aggiornamento del sistema operativo proposto da Apple, alla quale veniva contestata anche una totale assenza di una valutazione *a priori* dei rischi di tale operazione sugli smartphone di vecchia generazione, avrebbe dovuto lasciare al possessore dell’apparecchio la possibilità di mantenere le originarie funzionalità, ad esempio consentendo di scegliere quali delle nuove funzioni abilitare, in ragione dello stato concreto del proprio dispositivo.

Apple ometteva di rendere consapevole l’utente consumatore medio del rischio a cui andava incontro aggiornando il proprio smartphone non indicando, altresì, la configurazione *hardware* nella quale tale rischio fosse, verosimilmente, minimizzato o viceversa amplificato, ciò al fine di porlo nella condizione di scegliere consapevolmente se effettuare o meno l’aggiornamento, e di scegliere, in tal caso, se fruire o meno delle nuove funzionalità, date le condizioni del pro-

³⁸ Dalle evidenze agli atti emergeva che la Apple aveva solo tardivamente predisposto dei limitati rimedi alle riduzioni di prestazioni degli *smartphone* meno recenti e/o più usurati provocate dagli aggiornamenti, che non risultavano più coperti dalla garanzia legale di conformità. In particolare, come descritto in fatto, a novembre 2016 ha introdotto un programma di sostituzione della batteria per alcune serie di iPhone 6s e, solo a dicembre 2017, ha comunicato ai consumatori la propria offerta di sostituzione della batteria a prezzo scontato.

prio iPhone³⁹.

In definitiva, i principi cardine della politica commerciale Apple “*evoluzione tecnologica*” e “*gratuità dell’aggiornamento iOS*” anche dopo la scadenza della garanzia legale, non possono in alcun modo giustificare una condotta che possa anche solo potenzialmente determinare un danno, sotto forma di un inconveniente o della modifica *in peius* delle caratteristiche funzionali del prodotto, tale da ridurre in maniera sensibile le prestazioni degli iPhone già venduti e utilizzati quotidianamente da moltissimi consumatori. Il consumatore medio, qualora correttamente edottodei rischi a cui andava incontro⁴⁰, di certo non avrebbe mai proceduto all’aggiornamento del proprio smartphone rendendolo di fatto obsoleto.

La soluzione di “*compromesso*” decisa unilateralmente dalla Apple, accettata in buona fede dal consumatore ma non da esso scelta in piena consapevolezza, ha impedito al possessore-utente di valutare *a priori* se il dispositivo sarebbe stato in grado di fornire tali prestazioni sacrificando “*la funzionalità attuale del prodotto in cambio di una innovazione tecnologica potenziale*”⁴¹.

Infatti, dall’istruttoria espletata emergeva senza alcun ragionevole dubbio, come il nuovo sistema operativo (“SO”), progettato su processori *QuadCore*, ma installato su smartphone con processore *DualCore* di architettura precedente, interfacciandosi con un *hardware* datato, con una batteria al litio il più delle volte usurata, non comportava, effettivamente ed automaticamente un miglioramento dell’esperienza d’uso dello *smartphone*, anzi ne provocava un sostanziale peggioramento delle prestazioni, rendendolo, di fatto, totalmente inidoneo allo scopo per il quale era stato acquistato.

³⁹ cfr. Cons. Stato, sez. VI, 04/07/2018, n. 4110: «La condotta omissiva – per essere considerata ingannevole – deve avere ad oggetto “informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno” per prendere una decisione consapevole. Ai fini dell’apprrezzamento della rilevanza del difetto di informazione la norma contiene l’invito a considerare la “fattispecie concreta”, “tutte le caratteristiche e circostanze del caso” e i “limiti del mezzo di comunicazione impiegato” (art. 22, comma 1), aggiungendo che “qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un’omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi».

⁴⁰ cfr. Cons. Stato sez. VI, 06/09/2017, n. 4245: «I presupposti in presenza dei quali una pratica commerciale deve essere considerata ingannevole sono due. Deve trattarsi, in primo luogo, di condotta «contraria alla diligenza professionale» rientrante tra le tipologie di «azioni» o «omissioni» ingannevoli previste da Codice del consumo (artt. 21 e 22). Il secondo è rappresentato dall’attitudine della pratica «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

⁴¹ (così AGCM, provvedimento del 25/09/2018 pag. 44).

Marzia Mingione

Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Napoli

Il rigoroso impiego della tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nelle impugnative dei licenziamenti.

Nota a Trib. di Napoli, ordinanza 6 novembre 2018

abstract

The decree deals critically with the compatibility between the precautionary injunction and specific procedures required for contestation of dismissals ex art. 18 l. n. 300/1970. Despite considering the precautionary protection admissible in principle and accepting the possibility of using the expedited procedure ex “Fornero” law, the judge supervising the case ruled using the judicial remedy ex art. 700 c.p.c. Moreover, the obligatory requirements, fumus boni iuris and periculum in mora are meticulously examined. Considering its temporal implications, particular attention is given to periculum in mora.

keywords

Precautionary protection ex art. 700 c.p.c. – Unfair dismissal – Procedure ex Fornero law.

abstract

L'ordinanza in commento affronta con un approccio critico la problematica della compatibilità tra il provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. ed il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti rientranti nella tutela reale, introdotto dalla legge n. 92 del 2012. Il giudice della cautela pur non ritenendo in linea di principio inammissibile la tutela d'urgenza, ha valutato in concreto la possibilità di impiegare il rimedio ex art. 700 c.p.c., pur dovendosi utilizzare il procedimento accelerato ex legge “Fornero”. Ne consegue, una valutazione rigorosa dei due requisiti indefettibili del fumus boni iuris e del periculum in mora, con particolare riferimento al secondo, considerando anche le sue implicazioni temporali.

parole chiave

Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. – Licenziamento illegittimo – Rito Fornero.

È astrattamente ammissibile il generale rimedio della tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al fine di ottenere la immediata reintegra nel posto di lavoro del prestatore ingiustamente licenziato,

qualora il rimedio risarcitorio non sia adatto a riparare integralmente la lesione subita, oppure in quei casi in cui la lesione implichi un'irreversibilità degli effetti pregiudizievoli causati, ovvero, una definitività del danno; ma in tale ipotesi, il requisito del periculum in mora necessita di una valutazione particolarmente rigorosa, in considerazione della rapidità che contraddistingue la fase sommaria tipica di cui dalla legge n. 92/2012.

Trib. di Napoli, ordinanza 6 novembre 2018,
dott. Roberto De Matteis

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato in cancelleria in data 20.9.2018, ***** esponente di essere stato assunto dalla ***** s.p.a. il 23.06.1989, con le mansioni di impiegato di Livello C, Qualifica IM ed assegnato alle casse del casello della ***** (principalmente sulla pista di Capodichino); e che il rapporto di lavoro si interrompeva il 20.07.2018, a seguito dell'illegittima intimazione di licenziamento per motivi disciplinari.

Deduceva che l'applicazione della sanzione disciplinare più grave, tra l'altro nel merito del tutto infondata, era fonte di un pregiudizio grave ed irreparabile.

In particolare, la perdita della retribuzione privata la sua famiglia dell'unica fonte di reddito; inoltre, egli era gravato da una serie di impegni economici (per aver contratto dei finanziamenti, stipulato un mutuo, oltre ad avere pendenze presso Equitalia) ai quali, non lavorando, non avrebbe più potuto far fronte; ed aggiungeva che, per le sue condizioni di salute, necessitava continuamente di acquistare dei farmaci.

Tanto premesso, chiedeva, in via d'urgenza, ordinarsi alla ***** s.p.a. l'immediata reintegra nel posto di lavoro precedentemente occupato, con condanna della stessa al pagamento della retribuzione globale di fatto a partire dal licenziamento e fino alla effettiva reintegra. Il tutto con vittoria delle spese di lite, con

attribuzione. In subordine, applicare una sanzione di tipo conservativo e per l'effetto reintegrarlo con il medesimo inquadramento.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, la **** s.p.a. si costituiva in giudizio eccependo l'inammissibilità della domanda cautelare, dovendo applicarsi il rito *ad hoc*, per i licenziamenti rientranti nell'art. 18 l. n.300/70, introdotto all'art.1 della legge n. 92/12, c.d. *riforma Fornero*.

In subordine, chiedeva il rigetto della domanda, non sussistendo i presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

All'udienza del giorno 30.10.2018, disposto il libero interrogatorio delle parti e fallito il tentativo di conciliazione, questo giudice ha riservato la decisione.

2. Va, preliminarmente, disattesa l'eccezione di inammissibilità della domanda cautelare.

Come è noto, la chiave d'accesso alla tutela cautelare d'urgenza dell'art. 700 c.p.c. è costituita dalla sussistenza di un "*fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile*".

In particolare, la tutela cautelare atipica – nei limiti a cui serve a neutralizzare il *periculum in mora* che potrebbe determinare un irreparabile pregiudizio, in capo al diritto bisognoso di essere tutelato in sede di merito – finisce per interagire con la garanzia costituzionale del diritto di azione di cui all'art.24, co.1 Cost. "*come componente essenziale della stessa tutela giurisdizionale*".

L'irreparabilità del pregiudizio che minaccia la situazione tutelanda ricorre in tutte le ipotesi nelle quali né la reintegrazione per equivalente, né il risarcimento e gli altri rimedi eccezionalmente predisposti dall'ordinamento, sono idonei in concreto ad assicurare le utilità proprie del diritto dedotto in giudizio.

In ogni caso, il pregiudizio imminente ed irreparabile non può reputarsi esistente *in re ipsa*, ma deve fondarsi su elementi concreti che incombe al ricorrente allegare e provare, secondo i principi generali che governano l'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c.

Con specifico riferimento alle situazioni soggettive che sorgono da un rapporto di lavoro il *periculum* va accertato caso per caso, con riferimento all'effettiva situazione socio-economica del lavoratore. Il ricorrente è, quindi, tenuto ad allegare e provare le circostanze – relative alla sua situazione familiare, alla necessità di affrontare spese indilazionabili, alla compromissione del suo equilibrio psico-fisico – da cui emerge che la perdita del posto di lavoro o la mancata assunzione e, quindi, la conseguente perdita (o mancata acquisizione) della retribuzione, possa integrare la fonte di pregiudizio irreparabile, non suscettibile di ristoro neanche in prosieguo.

Rispetto alle situazioni prospettate in sede cautelare, deve potersi desumere che la perdita della retribu-

zione nel tempo occorrente per il giudizio ordinario, possa integrare causa di pregiudizio irreparabile, non essendo sufficiente al riguardo, una indicazione generica di disagio economico.

In altri termini, il *periculum in mora* non può consistere nel fatto stesso della disoccupazione, poiché, in caso contrario, ogni licenziamento integrerebbe il pregiudizio imminente ed irreparabile, così da rendere il ricorso all'art. 700 c.p.c. il rimedio ordinario per la contestazione della legittimità del recesso datoriale, in contrasto con la disciplina del processo del lavoro.

Tanto premesso in via generale, va tuttavia considerato che la domanda ha ad oggetto un'impugnativa di licenziamento che rientra nell'ambito applicativo dell'art. 1, co. 48, della legge n. 92/2012.

Ebbene, nel ridisegnare la disciplina dei licenziamenti, il Legislatore ha dettato nuove regole processuali, allo scopo, espressamente enunciato nell'art. 1, di "*accelerare la definizione delle relative controversie*".

Sul punto, l'art. 1 dispone che "*48. La domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro. Il ricorso deve avere i requisiti di cui all'articolo 125 del codice di procedura civile. Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi. ...*"

A fronte della celerità del nuovo rito (la cui applicazione, secondo l'orientamento prevalente, non è facoltativa) si pone il problema interpretativo della compatibilità di tale procedimento rispetto al generale rimedio della tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c., utilizzata per ottenere la immediata reintegra nel posto di lavoro del prestatore ingiustamente licenziato.

La particolare struttura del rito speciale – che prevede una prima fase sommaria finalizzata ad ottenere un'immediata pronuncia di merito – e i tempi brevi di decisione che esso è in grado di garantire, riduce *de facto* lo spazio di operatività della tutela d'urgenza.

Occorre, pertanto, valutare attentamente quelle ipotesi in cui il c.d. pregiudizio irreparabile sia così imminente, da non poter essere evitato con un provvedimento rapido, qual è quello emesso seguito del procedimento specifico di cui sopra.

Sul piano strutturale non vi è, tuttavia, una vera e propria incompatibilità tra il procedimento dettato dalla cd. legge Fornero e i procedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., dovendosi escludere che la prima fase, sommaria, dell'impugnativa dei licenziamenti possa qualificarsi cautelare.

La previsione secondo cui l'ordinanza di accoglimento o rigetto della domanda, nella prima fase del rito Fornero, si basa su una istruttoria sommaria e deformalizzata è senz'altro indicativa delle differenze rispetto al procedimento cautelare.

Dal richiamo espresso all'art. 421 c.p.c. e dalla

diversa terminologia utilizzata dal legislatore con riguardo al procedimento cautelare uniforme (ove il co. 1 dell'art. 669-*sexies* c.p.c. specifica che gli atti di istruzione debbano essere valutati indispensabili “*in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto*”), si può desumere, infatti, che questa fase del giudizio è sommaria nel senso di semplificata, ma non cautelare; non occorre, dunque, la prova di alcun *periculum* concreto, essendo l'urgenza pre-valutata dal legislatore in ragione del tipo di controversia.

Inoltre, la sommarietà attiene all'istruttoria, non anche alla cognizione del giudice, poiché tende alla formazione di un provvedimento la cui efficacia è certamente idonea al giudicato.

Ciò posto, la potenziale immutabilità dell'ordinanza (e della successiva sentenza) e la sua idoneità al giudicato, stride con la disciplina generale dell'efficacia attribuita ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.

A ciò si aggiunge che, la tutela cautelare è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività delle garanzie di cui all'art. 24 Cost. ed in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto.

Pertanto, indipendentemente da una previsione espressa, non si può escludere *a priori*, in presenza di un *periculum* qualificato, l'utilità del ricorso d'urgenza con riguardo al diritto del lavoratore a richiedere ed ottenere il reintegro.

Del resto, “ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare” e né è rintracciabile nella disciplina dettata dalla legge *Fornero* una ragionevole giustificazione che possa determinare l'esclusione del rimedio ex art. 700 c.p.c. in tale ambito.

Dunque, non può essere accolta l'eccezione di inammissibilità della domanda cautelare, formulata da *****,s.p.a.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Tanto premesso, nel merito, la domanda proposta ex art.700 c.p.c. è infondata e va, pertanto, rigettata per difetto del *periculum in mora*.

Una volta affermata l'astratta compatibilità dei due rimedi, in concreto, si impone un maggior rigore nella valutazione del *periculum*.

Se l'urgenza è da apprezzare rispetto al rito *Fornero*, che già di per sé è un rito celere, è sicuramente ben più ristretto “*il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria*”; ne consegue che, il pregiudizio irreparabile deve essere particolarmente imminente, tale da non poter attendere nemmeno i 40 giorni per la fissazione dell'udienza.

In questo senso può condividersi l'opinione secondo cui, il requisito del *periculum* che in concreto può giustificare il rimedio di cui all'art. 700 c.p.c. è qualificato (ed ulteriore rispetto a quello già preso in considerazione dal legislatore del 2012) e necessita una

valutazione rigorosa, in considerazione della rapidità che contraddistingue la fase sommaria tipica; sicché, il pregiudizio irreparabile dovrebbe essere così imminente da non poter essere evitato con un provvedimento emesso in un tempo breve, come quello imposto dalla legge n. 92/2012.

In sostanza, il ricorso alla procedura ex art. 700 c.p.c. non può essere ritenuto ammissibile in qualsivoglia ipotesi di violazione di diritti del lavoratore, ma soltanto in quei casi in cui il rimedio risarcitorio non sia adatto a riparare integralmente la lesione subita, oppure in quei casi in cui la lesione implichi un'irreversibilità degli effetti pregiudizievoli causati, ovvero, una definitività del danno.

Per assumere tali caratteristiche, il pregiudizio che qualifica l'urgenza non può consistere in un pregiudizio di natura economica, dovendosi avere riguardo ai bisogni primari, di rilevanza costituzionale, strumentalmente connessi con quello azionato con ricorso d'urgenza.

L'astratta ammissibilità del rimedio cautelare in tema di impugnativa di licenziamento, infatti, non comporta, *ex se*, la compatibilità del provvedimento d'urgenza anche su di un piano di fondatezza.

L'interpretazione del *periculum* di cui discorre la norma impone di valutare la fondatezza del ricorso d'urgenza nei casi in cui il provvedimento sommario è idoneo, come nella specie, a rimuovere, in tempo utile e ragionevole, il pregiudizio imminente ed irreparabile.

Ciò posto, nella controversia in esame, le deduzioni circa l'età del *****, il quale non avrebbe alcuna *chance* di trovare una nuova occupazione, la circostanza che la sua retribuzione rappresenti l'unica fonte di reddito per la sua famiglia (cfr. stato di famiglia, doc. n. 15) e che la sua perdita incida, tra l'altro, sul suo benessere psico-fisico (cfr. certificato ASL Napoli 3 Sud, doc. n. 19), appaiono del tutto generiche ai fini dell'integrazione del *periculum*.

Maggior rilievo assumono, dunque, le ulteriori risultanze documentali.

In particolare, esse provano che il ricorrente versa in una situazione di difficoltà economica, per aver contratto un mutuo (doc. n. 12) e stipulato un prestito (doc. n. 13); inoltre, ha delle pendenze nei confronti di Equitalia (doc. n. 14); a ciò si aggiunge che è in cura presso il centro antidiabete e necessita di acquistare medicinali per curarsi (doc. n. 18).

Tuttavia, benché la domanda cautelare sia corredata da specifiche ragioni di urgenza, la situazione economica paventata non integra un pregiudizio, grave ed irreparabile, tale che la situazione personale e familiare del ricorrente non possa ricevere una risposta di giustizia celere, mediante la fase sommaria del rito *Fornero*.

Pertanto, deve concludersi che, se in via generale ed astratta il rimedio cautelare è senz'altro ammissibile,

nella specie, la pretesa ad ottenere un provvedimento d'urgenza è infondata, per la mancanza in concreto della sussistenza dei requisiti qualificati.

Gli impegni economici indilazionabili, pure documentalmente provati dal ricorrente, non qualificano l'urgenza in senso eccezionale, tale, si ribadisce, che il pregiudizio non potrebbe essere evitato con un provvedimento emesso in un tempo breve come quello imposto dalle l. n. 92/2012.

Quanto detto esime questo giudicante da ogni ulteriore considerazione relativa al *fumus boni iuris* della pretesa azionata in giudizio.

Alla stregua delle suesposte considerazioni, il ricorso cautelare va rigettato.

4. Tenuto conto della novità e della complessità delle questioni trattate, sussistono gravi ed eccezionali ragioni per disporre la compensazione integrale delle spese della presente fase cautelare.

P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a ordinanza

sommario

1. Il caso. – 2. Tutela d'urgenza e "rito Fornero": ammissibilità del rimedio cautelare... – 3. ...e fondatezza del ricorso. – 4. La trattazione della domanda cautelare salva dalla decadenza dell'impugnazione del licenziamento-5. La tutela d'urgenza post "legge Fornero".

1. Il caso

Con ricorso *ex art.* 700 c.p.c. un lavoratore adiva il Tribunale di Napoli per sentire dichiarare l'illegittimità del licenziamento disciplinare, inflitto dalla società presso cui prestava la propria attività lavorativa. Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, deduceva l'illegittimità del licenziamento, perché pretestuoso; quanto al *periculum in mora*, adduceva che l'applicazione della sanzione disciplinare più grave era fonte di un pregiudizio grave ed irreparabile. Nella sua prospettazione, infatti, al di là del proprio lavoro, non disponeva di altre fonti di reddito per affrontare, tra l'altro, spese indilazionabili oltre a quelle relative al mantenimento del proprio nucleo familiare.

Il giudice della cautela, pur disattendendo l'eccezione pregiudiziale della società resistente in ordine all'inammissibilità della tutela d'urgenza in ragione della percorribilità del celere rito cd. Fornero, rigettava la domanda proposta, non ritenendo dimostrato un concreto pericolo di pregiudizio per la parte ricorrente; il che rendeva superfluo l'esame del *fumus boni iuris*.

2. Tutela d'urgenza e "rito Fornero": ammissibilità del rimedio cautelare...

Le problematiche processuali sottese all'ordinanza in commento attengono, da un lato, alla compatibilità tra tutela cautelare e la nuova disciplina relativa alle impugnative di licenziamento di cui alla legge n. 92/2012, c.d. legge Fornero; dall'altro, concernono la deduzione di un *periculum* "qualificato" che giustifichi l'urgenza di provvedere pur disponendo di un rito *ad hoc*, volto ad accelerare la definizione delle controversie in materia. In particolare, il rito speciale è riservato ai licenziamenti rientranti nell'area della c.d. tutela reale e per i quali il legislatore ha compiuto una pre-valutazione dell'urgenza¹.

Dall'ordinanza traspare come le due questioni siano strettamente connesse: ritenuta ammissibile la domanda cautelare, il giudice dovrà valutarne la fondatezza, dunque, la sussistenza del *periculum*, che in ogni caso non potrà essere *in re ipsa*.

In materia di controversie di lavoro, infatti, la giurisprudenza di merito² ha ritenuto che l'esistenza di tale requisito debba essere accertata caso per caso in relazione all'effettiva situazione socioeconomica del lavoratore. Ne consegue che il ricorrente è tenuto ad allegare e provare circostanze (in ordine alla sua situazione familiare, alla necessità di affrontare spese indilazionabili, alla compromissione del suo equilibrio psico-fisico) dalle quali emerga che la perdita del posto di lavoro e, conseguentemente, della retribuzione, possa configurarsi come fonte di pregiudizio irreparabile. Il *periculum in mora* non può reputarsi esistente *in re ipsa*, non coincidendo con il fatto stesso della disoccupazione; diversamente, ogni licenziamento integrerebbe il pregiudizio imminente ed irreparabile ed il ricorso all'art. 700 c.p.c. diverrebbe il rimedio ordinario per la contestazione della legittimità del recesso datoriale.

La dubbia compatibilità della tutela cautelare con il rito del lavoro evoca un problema già noto che si è

¹ Lo scopo di «accelerare le relative controversie» è espressamente enunciato nell'art.1 legge 28 giugno 2012, n. 92, che modifica la disciplina dei licenziamenti individuali sia nei suoi aspetti sostanziali (art. 1, commi 37-46), in particolare con la riscrittura dei primi sei commi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300), che in quelli processuali (art. 1, commi 47-68), con l'introduzione di un rito speciale, che fa corpo con le modifiche della disciplina sostanziale perché si applica alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate appunto dall'art. 18. Più in generale, l'obiettivo perseguito dal legislatore è predisporre «(...) misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione».

² Sull'allegazione qualificata del danno nel caso di azioni cautelari, si veda Trib. Palermo sez. lav., 17/07/2018 Trib. Napoli – Sez. Lav. – ord. 11 luglio 2017; Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. Lav., ord. 12 febbraio 2013 e 13 maggio 2010; Trib. Siena, 10 giugno 2013; Trib. Perugia, ord. 9 novembre 2012.

posto con riguardo all'introduzione del procedimento sommario di cognizione³ e, prima ancora, del rito societario⁴. Nell'ambito delle controversie di lavoro la questione assume, però, un maggiore risalto in quanto gli interessi primari coinvolte necessitano di una tutela immediata (e non solo celere).

Il "nuovo" rito del lavoro introdotto nel 1973 era, ed è, per una pluralità di fattori concorrenti, un procedimento veloce, ma certamente non immediato. Ciò ha comportato che, dagli anni settanta in poi, il ricorso al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. si è andato man mano estendendo e si è sviluppata una vera e propria prassi operativa tesa al riconoscimento, attraverso lo strumento cautelare, della pretesa del lavoratore alla reintegra⁵.

Dopo la riforma del 2012 – stando la residualità del mezzo cautelare, in uno con l'obbligatorietà del nuovo rito⁶ – il mutato contesto processuale ha ristretto lo spazio di operatività della tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.⁷

In ogni caso, come ben evidenziato nell'ordinanza in epigrafe, sulla base della diversa struttura del pro-

cedimento cautelare rispetto alla prima fase del "rito Fornero", deve ritenersi senz'altro ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c.

La connotazione di fondo del rito speciale è, infatti, la previsione di una fase iniziale "semplificata" per pervenire rapidamente ad una decisione che, se favorevole al lavoratore, è dotata di esecutività⁸.

Al riguardo deve richiamarsi la distinzione tra sommarietà del procedimento e sommarietà della cognizione, per concludere che è la prima, e non anche la seconda, a caratterizzare il nuovo rito.

In particolare, l'impugnazione del licenziamento avviene con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro avente i requisiti previsti dall'art. 125 c.p.c.; la cognizione si svolge "sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio" procedendo il giudice "agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile"; in provvedimento adottato assume la forma di una "ordinanza immediatamente esecutiva".

Contro tale ordinanza è proponibile opposizione, sempre al tribunale, entro il termine di decadenza di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione; anche qui la decisione viene presa "sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio", procedendo agli "atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile"; la decisione è presa con sentenza provvisoriamente esecutiva ed è titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale; contro di essa è dato "reclamo" dinanzi alla corte d'appello, la quale procede "omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio"; in appello non sono ammessi nuovi documenti o nuovi mezzi di prova, "salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile". La sentenza d'appello è impugnabile in Cassazione.

Così strutturato il rito, l'indagine di alcuni temi centrali del processo civile consente di definire la prima fase come un giudizio a cognizione piena, idonea a veicolare un accertamento pieno del giudice. L'istruttoria è, invece, deformalizzata essendo opportunamente adattata alle esigenze di speditezza finalizzate alla decisione dell'impugnazione del licenziamento ex art. 18 Stat. Lav.

In tale contesto, il rischio è una sovrapposizione di tutele con inevitabili risvolti sull'ammissibilità o meno della tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. A ben vedere, però, il riferimento fondamentale del rito speciale

³ Introdotto dalla l. n. 69 del 2009, quale vero e proprio rito alternativo al processo a cognizione ordinaria, ispirato all'esigenza di rendere più celere la definizione delle controversie, si iscrive nell'ambito dell'opera di semplificazione avviata dal legislatore negli ultimi anni e culminata con l'emanazione del d.lgs. n. 150/2011, c.d. decreto "taglia riti", varato per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione.

⁴ Introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2003 e che mira a consentire, secondo le indicazioni contenute nella legge delega, una "rapida ed efficace definizione dei giudizi. Del resto, GIORGETTI, "Fase introduttiva e fissazione dell'udienza nel processo societario", in *www.judicium.it*, l'intento acceleratorio è il leitmotiv di tutte le riforme degli anni novanta in materia di diritto processuale, al fine di rendere la durata ragionevole dei procedimenti un principio con espressa copertura costituzionale (art. 111, c. 2, Cost.), cui ha fatto seguito l'introduzione mediante la cd. legge "Pinto" della possibilità di adire, per coloro il cui diritto ad una giustizia in tempi rapidi sia stato leso, le vie giurisdizionali per vedere condannare lo Stato al pagamento di una equa riparazione monetaria.

⁵ Per l'evoluzione nell'impiego del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel rito del lavoro, si veda CAPONETTI, "Rito Fornero e ricorso al provvedimento cautelare d'urgenza: un caso di delicata chirurgia processuale", in *Lavoro nella Giur.*, 2014, 12, 1102.

⁶ La dottrina e la giurisprudenza si sono prevalentemente espresse nel senso della obbligatorietà. Non solo, infatti, il comma 48 pare contenere una disposizione imperativa («la domanda avente ad oggetto l'impugnativa di cui al comma 47 si propone con ricorso al tribunale...»); del resto, nel nostro sistema processuale, di regola, la scelta del rito non è rimessa alla discrezionalità delle parti, ma soggiace sempre ad un controllo officioso, che sembra possa essere nel obliterato caso di specie. Per tale interpretazione, condivisa nel testo, si v. DE ANGELIS, "Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni", in *Working Papers Massimo D'Antona*, 2012, *www.lex.unict.it*.

⁷ Il riferimento è alla tutela d'urgenza, idonea a ripristinare il rapporto di lavoro per la sua struttura non tanto e non solo conservativa, ma anche e soprattutto anticipatoria. Per una riflessione sulla "tutela anticipatoria d'urgenza", v. PANZAROLA, "I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.", in "I provvedimenti cautelari" (diretto da) CARRATTA, Bologna, 2013, 745 ss.

⁸ La ratio del rito speciale è la tutela urgente del lavoratore che impugna il licenziamento come illegittimo ed invoca l'applicazione dell'art. 18; l'originario art. 17 dell'iniziale d.d.l. che accorpava gli attuali commi 48-50 dell'art. 1 era rubricato proprio "tutela urgente".

rimane il rito del lavoro ex art. 409 e ss. c.p.c. ed è in tale ambito di tutela che dovrebbero riconoscersi le “formalità non essenziali al rispetto del contraddittorio” (evidentemente diverse da quelle “non essenziali” nel procedimento cautelare uniforme).

Quando l’art. 669-*sexies* c.p.c. prevede che il giudice del procedimento cautelare possa procedere agli “atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto”, correttamente parametrata la prova alla tutela richiesta.

Il comma 49° della legge Fornero non contiene tale specificazione. È evidente, però, che in una fase processuale di primo grado, ove occorre decidere se l’intimato licenziamento sia o meno legittimo e se occorre provvedere alla reintegra del lavoratore, non vi è spazio per un giudizio sommario. La decisione sarà necessariamente a cognizione piena sull’*an* della tutela richiesta, con potenziale idoneità al giudicato. Ne consegue che tutte le prove idonee a fornire la prova del fatto costitutivo, estintivo, impeditivo o modificativo siano ammissibili, pena una irragionevole violazione del diritto d’azione e di difesa che sarebbe non solo irrazionale, ma apertamente incostituzionale.

Del resto la Corte di Cassazione⁹ ha definito la prova “indispensabile” come quella avente una “peculiare efficacia”, ovvero una “influenza causale più incisiva”, tale da poter da sola portare all’accoglimento o al rigetto della domanda o dell’eccezione. Al riguardo si è anche osservato¹⁰ che il corretto riferimento sarebbe alla “indispensabilità” del fatto oggetto di prova; si utilizza, cioè, il termine “prova indispensabile” nel diverso senso di “prova rilevante del fatto indispensabile per la decisione”.

Ancora sul piano istruttorio, assumono rilievo il potere istruttorio d’ufficio e l’assenza di formalità nell’assunzione dei mezzi di prova. Nel “rito Fornero”, infatti, la prova d’ufficio ha maggiori potenzialità poiché, non essendo espressamente previsti termini in capo alle parti per la deduzione di mezzi di prova, ciò rende possibile una iniziativa del giudice che non sia, al contempo, una illecita rimessione in termini della parte incorsa in decadenza. Inoltre, per ciò che concerne l’assunzione delle prove, non è previsto il rigido meccanismo delle decadenze e delle preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c. e l’istruttoria semplificata è limitata agli “atti di istruzione indispensabili”.

Da queste brevi considerazioni può desumersi che il rito speciale già nella sua prima fase è perfettamente idoneo ad una cognizione piena sul *themadecidendum*. Tale natura – di giudizio a cognizione piena – è rafforzata dalla previsione del 51° comma dell’art.1, secondo cui contro l’ordinanza di accoglimento o di rigetto dell’impugnazione del licenziamento “può essere pro-

posta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all’art. 414 c.p.c. da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla comunicazione se anteriore”.

Deve concludersi, dunque, per la stabilità dell’ordinanza *de quo* ove non sia stata opposta e per l’idoneità al giudicato, con tutti gli effetti descritti dall’art. 2909 c.c.; ciò a differenza di quanto accade per le ordinanze cautelari anticipatorie ex art. 669-*octies* c.p.c., il cui ultimo comma ne limita l’autorità riconoscendola “non invocabile in un diverso processo”.

In tale contesto, alla luce delle nuove regole processuali in materia di impugnativa dei licenziamenti ex art. 18 Stat. Lav., il “rito Fornero” è una *species* del rito ordinario del lavoro e non può quindi considerarsi sostitutivo della tutela cautelare.

3.e fondatezza del ricorso

In linea con tali principi, l’ordinanza in commento ha ribadito l’ammissibilità tecnica dell’azione cautelare – non risultando un espresso divieto, né una riserva in tal senso da parte del legislatore – affrontando, poi, il diverso profilo della reale percorribilità dell’azione ex art. 700 c.p.c. per le materie di competenza del “rito Fornero”.

È innegabile che l’esistenza del rito speciale – la cui prima fase è volta alla più celere definizione delle cause inerenti i licenziamenti che rientrano nell’ambito dell’art. 18 Stat. Lav. – sembra escludere in radice la configurabilità di un pregiudizio irreparabile. Inoltre, la speditezza del “rito Fornero” è coerente i pregiudizi che, vista la delicatezza degli interessi coinvolti, il legislatore ha già ritenuto meritevoli di una specifica tutela.

In tale ottica, l’ordinanza in esame rivela un approccio critico alla tutela invocata dal lavoratore in via di urgenza, tenendo conto dell’effettivo spazio di operatività del provvedimento cautelare riservato alle impugnative di licenziamento *post* legge Fornero.

In questi casi, il *periculum*, ai fini della concessione del provvedimento cautelare, dovrà presentare i caratteri di un pregiudizio tanto imminente da non poter essere evitato dalle veloci tempistiche previste dal legislatore.

Com’è noto, i presupposti della tutela cautelare sono il *fumus boni iuris* (ovvero, concreta probabilità che la pretesa avanzata dal ricorrente possa essere accolta con la sentenza di merito) ed il *periculum in mora* (rappresentato dal fondato timore che il diritto cautelando subisca durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria un pregiudizio imminente ed irreparabile); la carenza anche di uno solo di tali requisiti indefettibili è sufficiente ad escludere l’accoglimento dell’azione cautelare.

In particolare, lo scopo della tutela atipica ex art. 700 c.p.c. è quello di neutralizzare gli effetti negati-

⁹ Tra le altre, Cass. 17 giugno 2009, n. 14098, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, 935.

¹⁰ DITTRICH, “Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione”, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1, 104.

vi dell'evento pregiudizievole; pertanto, il pregiudizio deve essere "imminente", dovendo sussistere una congrua probabilità che l'evento dannoso prospettato si verifichi ed "irreparabile", nel senso che dalla mancata concessione del provvedimento positivo può discendere per l'istante un danno non reintegrabile in forma specifica o per equivalente nel corso di un giudizio di merito.

Proprio da tale punto di vista, il nuovo procedimento di impugnativa del licenziamento se non esclude senz'altro complica il ricorso alla tutela cautelare.

Come evidenziato nella ordinanza in epigrafe, il *periculum* che in concreto può giustificare tale rimedio deve essere "qualificato". Si allude, cioè, ad un pregiudizio ulteriore rispetto a quello considerato dal legislatore per l'applicazione del rito speciale e, quindi, così imminente da non poter essere evitato nemmeno con il provvedimento emesso nel breve tempo imposto dalla legge n. 92/2012.

Alla stregua di tale rigorosa valutazione, il giudice ha ritenuto la domanda cautelare infondata proprio per carenza di allegazione del *periculum*. Nella valutazione di tale requisito, un rilievo centrale ha assunto la differenza temporale che separa i termini per la definizione dell'azione ex art. 700 c.p.c. da quelli del rito previsto nella legge Fornero.

Tale *modus procedendi* riflette il "nuovo corso" della tutela cautelare in materia di licenziamenti. Il giudice della cautela, infatti, dispone di un ampio margine di sindacabilità dovendo valutare nel caso di specie, non solo l'esistenza, ma anche il peso del supposto pericolo.

Ne deriva che la praticabilità della tutela ex art. 700 c.p.c. per le impugnative di licenziamento cui si applica il "rito Fornero" è riservata al singolo giudice, con una valutazione che inevitabilmente varia da tribunale a tribunale.

Si avverte, dunque, l'esigenza di specificare quale tipo di pregiudizio – alla luce dei principi generali e tenuto conto del fattore temporale – appare in concreto bisognoso di una tutela immediata in via d'urgenza.

Sotto tale profilo, va da sé che per intendere irreparabile il pregiudizio deve trattarsi di interessi primari della persona, la cui compromissione è legata proprio al criterio temporale. Pertanto, il lavoratore che agisce in via cautelare, piuttosto che ai sensi della l. n. 92 del 2012, deve provare che il danno dedotto potrebbe divenire irreparabile nell'ipotesi di dilazione del giudizio anche di poche settimane (ossia, con i tempi necessari per l'espletamento del rito Fornero). Il valore aggiunto che il giudice dovrà esaminare per concedere il provvedimento in via d'urgenza è, dunque, un profilo di mero fatto (il dato temporale) che, nella specie, conferma la situazione sostanziale protetta ed i suoi risvolti processuali (fondatezza della domanda).

4. La trattazione della domanda cautelare salva dalla decadenza dell'impugnazione del licenziamento

Un ulteriore profilo d'interesse dell'ordinanza in commento attiene alla circostanza che, non solo gli ambiti delle tutele restano distinti, ma la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso è idonea ad evitare la decadenza di cui all'art. 6, c. 2 l. n. 604 del 66, come novellato dall'art. 32 l. n. 183 del 2010 (e successivamente dalla l. n. 92 del 2012).

Tra le novità introdotte in materia di licenziamento, infatti, la c.d. legge Fornero ha modificato i termini di decadenza¹¹ introdotti dalla precedente riforma (c.d. Collegato lavoro), in vigore dal 24.11.2010.

In particolare, fermo restando il termine di 60 giorni previsto dall'art. 6 l. n. 604 del 66 per l'impugnativa stragiudiziale del licenziamento, decorrente dalla data di comunicazione del licenziamento o dei motivi, se non contestuale (possibilità quest'ultima che non è più prevista dalla Riforma Fornero perché la motivazione deve essere contestuale, a pena di inefficacia del recesso) il termine per il deposito del ricorso giudiziale è stato ridotto da 270 a 180 giorni.

Pertanto, alla stregua del mutato quadro normativo, deve considerarsi che: l'art. 6, comma 2, l. n. 604 del 1966, nel testo modificato dalla l. n. 92 del 2012, art. 1, comma 38, prevede che «l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso (...)». Inoltre, quanto all'oggetto e alle modalità di presentazione del ricorso, l'art. 1 l. n. 92 del 2012 stabilisce che «le disposizioni dei commi da 48 a 68, si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dalla l. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18 e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro» (c.47); e che «la domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al c.

¹¹ In ordine alla ratio della nuova fattispecie decadenziale di cui alla l. n. 604 del 1966, art. 6 la Cassazione precisa che «l'introduzione di termini di decadenza ed inefficacia (per effetto della L. n. 183 del 2010, art. 32 e successive modifiche della L. n. 92 del 2012, ex art. 1, comma 38) in precedenza non previsti e funzionali, in aderenza con l'art. 111 Cost., all'esigenza di consolidamento e certezza delle situazioni giuridiche (Cfr. Cass., 22 giugno 2018, n. 16591 in Giustizia Civile Massimario 2018 e Cass. 9 novembre 2015 n. 22824 in *GiustiziaCivile.com* 2016, 30 marzo) se idonea, sul piano concreto, a limitare le ipotesi di iniziativa datoriale, non vale ad escludere, in via assoluta e generale, la sussistenza di un interesse, degno di tutela, del datore di lavoro a rimuovere giudizialmente l'incertezza di un provvedimento di recesso, al fine di organizzare stabilmente la propria azienda» (Cfr. Cass., sez. lav., n.30433 del 23.11.2018 in *dejure.it*).

47 si propone con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro. Il ricorso deve avere i requisiti di cui all'art. 125 c.p.c. Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47, del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi. A seguito della presentazione del ricorso il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti. L'udienza deve essere fissata non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il giudice assegna un termine per la notifica del ricorso e del decreto non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché un termine, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza, per la costituzione del resistente. La notificazione è a cura del ricorrente, anche a mezzo di posta elettronica certificata» (c.48).

Alla luce di questa disciplina, la Cassazione¹² – nel caso portato alla sua attenzione di un lavoratore che, dopo aver tempestivamente impugnato in via stragiudiziale il licenziamento, aveva provveduto a depositare, entro i successivi 180 giorni, un ricorso ex art. 700 c.p.c. e non un ricorso nelle forme del c.d. rito Fornero – afferma che, ai fini della conservazione dell'efficacia dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, il deposito di un ricorso cautelare d'urgenza non può essere equiparato al deposito di un ricorso ai sensi della l. n. 92 del 2012.

In particolare, in base alle argomentazioni della Suprema Corte, dal richiamo all'art. 125 c.p.c. discende che l'atto introduttivo deve necessariamente indicare la *causa petendi* ed il *petitum*; tale prescrizione non è prevista anche dall'art. 669-bis c.p.c. relativamente al ricorso con il quale si attiva la richiesta del provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c. Pertanto, deve ritenersi che il legislatore del 2012 ha inteso riferirsi, ai fini della conservazione dell'efficacia dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, esclusivamente al ricorso introduttivo del rito speciale regolato dall'art. 1, c. 48 e ss. l. n. 92 del 2012 con esclusione, quindi, del ricorso ex art. 700 c.p.c.¹³.

¹² Cfr. Cass., 14.7.2016, n. 14390, in *Lav. nella giur.*, 2016, 1015.

¹³ La soluzione espressa dalla S.C., in ordine alla questione se al fine di mantenere efficace l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970, possa valere anche il ricorso ex art. 700 c.p.c., oppure se sia necessario, nel termine stabilito dall'art. 6, comma 2, della l. n. 604 del 1966 (come modificato dalla legge n. 92/2012), proporre il ricorso secondo il nuovo rito speciale, lascia perplessi. L'approccio sostanzialistico, abitualmente riservato all'analisi delle posizioni soggettive ed ai rimedi processuali ad esse applicabili, induce a ritenere che anche la proposizione del ricorso ex art. 700 c.p.c. – che tra l'altro si qualifica come una misura cautelare con funzione anticipatoria degli effetti della decisione di merito – sia idoneo ad escludere la decadenza. In particolare, se il contenuto dell'atto soddisfa in concreto le funzioni proprie dell'atto introduttivo del giudizio (costituire la formulazione della domanda giudiziale avanzata dall'attore; aprire al contraddittorio con la controparte processuale sulla specifica controversia generata dalla predetta domanda giudiziale; rappresentare il primo degli atti

Pertanto, benché secondo condivisibile giurisprudenza¹⁴, tuttavia sconfessata dalla Corte di Cassazione, una statuizione in rito – di inammissibilità della domanda – sia comunque idonea ad evitare la decadenza ex art. 6, c. 2, l. n. 604 del 1966, l'ordinanza in commento apre ad un approccio maggiormente garantista delle istanze di tutela del lavoratore.

Il giudizio circa la fondatezza del ricorso, valutando la sussistenza nel caso concreto dei requisiti del *fumus boni iuris e periculum in mora*, a differenza della rilevanza solo endoprocessuale della pronuncia di inammissibilità ha efficacia di giudicato esterno ed è senz'altro idonea a fare salvi gli effetti dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento.

5. La tutela d'urgenza post legge "Fornero"

Sullo sfondo di queste riflessioni si colloca la normativa in tema di tutela dei licenziamenti illegittimi nella sua irrefrenabile evoluzione e rispetto alla quale deve prendersi atto che la tutela sostanziale e quella processuale vanno di pari passo (e rispondono al medesimo obiettivo di politica legislativa in volta in volta prefissato).

In tale ottica, l'ordinanza induce a soffermarsi su quale sia lo spazio di operatività della tutela cautelare sotto la vigenza del d.lgs n. 23 del 2015, c.d. "*Jobs Act*", che ha trasformato il "rito Fornero" in una sorta di *rito ad esaurimento*¹⁵; ed in particolare, se con le nuove regole per i licenziamenti si configurano i presupposti, sostanziali e processuali, perché si riespani la tutela cautelare d'urgenza nell'ambito del rito ordinario del lavoro.

La questione si pone dal momento che il legislatore, dopo aver introdotto la nuova forma di contratto di lavoro a tempo indeterminato e ridotto ulteriormente – rispetto a quanto aveva già fatto la l. n. 92 del 2012 – le ipotesi in cui l'illegittimità del licenziamento può portare alla reintegra del lavoratore, nell'art. 11 del d.lgs. n. 23 del 2015, ha previsto che «ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92»¹⁶.

in cui si articola il processo) dovrà concludersi per la sussistenza, nella specie, dei "requisiti di cui all'art. 125 c.p.c." con conseguenti effetti escludenti della decadenza, sancita dall'art. 6, comma 2, della l. n. 604 del 1966.

¹⁴ La giurisprudenza di merito è consolidata nel ritenere che la proposizione del ricorso, seppure con il rito sbagliato, fa salva la decadenza dalla proposizione della domanda nel termine di 180 giorni, previsto dalla l. n. 604 del 1966. Cfr. Trib. Milano 25 ottobre 2012, in *Foro It.*, 2013, I, 674, con nota di CALVIGIONI, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1086, con nota di BOTTINI; Trib. Roma 14 gennaio 2013, in *Lav. nella giur.*, 2013, 925; App. Firenze 14 aprile 2015, in *Banche Dati 24Ore*.

¹⁵ LAI, "Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali", in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 1, 150.

¹⁶ All'art. 1-bis del disegno di legge delega n. 2953, nella versione approvata alla Camera il 10 marzo 2016, si prevedeva la definitiva abrogazione delle disposizioni di cui all'art. 1, commi da 48 a

Ne deriva un sistema di tutela a doppio binario. Per i neo-assunti (dopo il 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del *Jobs Act*) la tutela contro i licenziamenti illegittimi – a prescindere dalla natura del vizio denunciato e dalle conseguenze sostanziali dell'illegittimità – seguirà sempre le ordinarie regole del processo del lavoro di cui agli artt. 409 ss. c.p.c.¹⁷; per i rapporti di lavoro già in essere (alla data del 7 marzo 2015) continuerà ad applicarsi il rito Fornero, quando l'impugnazione abbia ad oggetto i «licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300».

Ne deriva che a fronte della medesima situazione sostanziale, potrebbe applicarsi una diversa tutela. Anche nella nuova disciplina, infatti, il lavoratore può conseguire la tutela reale contro il licenziamento ille-

68, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (che rimangono applicabili ai soli giudizi già introdotti alla data di entrata in vigore della legge). In particolare, l'emendamento al testo della Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile (atto Camera C. 2953 Governo e C. 2921 Colletti), è il seguente: «Dopo l'articolo 1, aggiungere il seguente: "Art. 1-bis – 1. Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi da 48 a 68, della legge 28 giugno 2012, n. 92, sono abrogate. 2. Alla trattazione dei giudizi nei quali si controverte sulla validità, l'efficacia o la legittimità dei licenziamenti ai sensi dell'articolo 18 della legge n. 300 del 1970, sono riservati specifici giorni nel calendario delle udienze del giudice, che deve trattarli e definirli con particolare speditezza. 3. I dirigenti degli uffici giudiziari vigilano sull'osservanza della disposizione di cui al comma 2. 4. I giudizi già introdotti con ricorso depositato entro la data di entrata in vigore della presente legge sono tratta(ti) e definiti secondo le norme di cui all'articolo 1, commi da 48 a 68, della legge 28 giugno 2012, n. 92. 5. Le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, ove non siano proposte con ricorso ai sensi dell'articolo 414 del codice di procedura civile, sono introdotte, ricorrendone i presupposti, con i rispettivi riti speciali di cui agli articoli 38 del decreto legislativo n. 198 del 2006 e 28 del decreto legislativo n. 150 del 2011. La proposizione dell'azione, nell'una o nell'altra forma, preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso. 6. Le azioni relative al licenziamento incidente sul rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa, anche nel caso in cui venga a cessare, con il rapporto di lavoro, quello associativo, sono introdotte con ricorso ai sensi degli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile e sono soggette alle disposizioni di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo».

¹⁷ Di recente, è stata approvata una legge delega sulla revisione del codice degli appalti, la semplificazione del processo civile e del codice del lavoro. In particolare, nel Consiglio dei Ministri del 12 dicembre 2018 è stato approvato, oltre al c.d. Decreto Semplificazioni, il disegno di legge governativo in materia di semplificazioni, riassetto normativi e codificazioni di settore. Nel comunicato stampa è stato chiarito che «il disegno di legge prevede un'ampia delega al Governo, con l'obiettivo complessivo di migliorare la qualità e l'efficienza dell'azione amministrativa, garantire la certezza dei rapporti giuridici e la chiarezza del diritto, assicurare i diritti fondamentali delle persone con disabilità, ridurre gli oneri regolatori gravanti su cittadini e imprese e accrescere la competitività del Paese. In base a tale delega, il Governo dovrà adottare diversi decreti legislativi di semplificazione, riassetto normativo e codificazione, agendo per settori omogenei o per specifiche attività o gruppi di attività, con l'obiettivo semplificare e coordinare sotto il profilo formale e sostanziale il testo delle disposizioni legislative vigenti».

gittimo - sia pure nelle sole ipotesi di licenziamento inefficace (perché intimato in forma orale), nullo, discriminatorio o disciplinare, qualora sia accertata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del recesso - ma sul piano processuale trova ora applicazione il rito ordinario.

La scelta compiuta dal legislatore del "*Jobs Act*" probabilmente è dettata dall'esperienza concreta di applicazione del rito speciale, che a detta di parte degli operatori del diritto avrebbe dato cattiva prova di sé¹⁸, ma non solo. Il celere "rito Fornero" è divenuto un rito a scomparsa per la portata residuale che nel d.lgs n. 23 del 2015 assume la c.d. tutela forte con il conseguente effetto, appunto, di non trovare applicazione per i licenziamenti in tutela crescente. Nel nuovo regime di tutela dei licenziamenti illegittimi, infatti, sono tanto limitate le ipotesi in cui è possibile conseguire una tutela reale, che l'esigenza di approntare una corsia preferenziale per queste controversie è venuta meno.

In tale contesto, la spedita trattazione delle impugnative dei licenziamenti – immediata reintegra nel posto di lavoro – potrebbe essere recuperata attraverso la proposizione del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* nel rito ordinario; come, peraltro, accadeva fino all'introduzione del rito speciale per i licenziamenti.

Tuttavia, il ritorno ad un impiego diffuso del rimedio cautelare non è così scontato.

In primo luogo occorre evidenziare che il legislatore non ha direttamente espunto dall'ordinamento le norme del "rito Fornero", ma ha diversamente regolato le conseguenze del licenziamento illegittimo per i nuovi rapporti di lavoro (ai quali non applicandosi

¹⁸ Secondo tale impostazione, il "rito Fornero" non è un rito veloce; non è un rito sommario; non garantisce tempi celeri di decisione; moltiplica i gradi di giudizio. Tra i profili di maggiore criticità del "rito Fornero", è stato osservato che l'utilizzo di un rito *ad hoc* per i licenziamenti rientranti nell'ambito di tutela dell'art. 18 Stat. Lav., ha nei fatti sdoppiato il processo del lavoro, trasformandolo in un giudizio a metà strada tra la cognizione sommaria e l'azione *ex art. 700 c.p.c.*, con l'effetto di snaturare il processo del lavoro, che finirebbe con il perdere quell'incisività tipica di un rito già per definizione speciale. Il nuovo rito si innesta quale fase "speciale" all'interno di un rito, quello *ex art. 414 c.p.c.*, già di per sé speciale rispetto al processo ordinario di cognizione. Inoltre, il rito Fornero – da solo – permette la definizione di un giudizio in pochi mesi, ma è altrettanto vero che se al rito Fornero segue poi quello ordinario *ex art. 414 c.p.c.*, i tempi si raddoppiano e che il rito *ex art. 414 c.p.c.*, proprio in quando speciale, prevedeva già la possibilità di definire il giudizio nella prima udienza ovvero dopo 60 giorni dalla iscrizione al ruolo del ricorso.

Di contrario avviso la Corte di Cassazione, che condivisibilmente afferma che «la disciplina contenuta nell'art. 1, commi 48 e segg., tratteggia un procedimento caratterizzato da precise scadenze temporali che assicura alle controversie in essa individuate una corsia di trattazione preferenziale (v. art. 1, comma 65), con il dichiarato fine, di interesse generale, di pervenire alla celere definizione di una situazione sostanziale di forte impatto sociale ed economico, che attiene a diritti primari dell'individuo» (cfr., tra le altre, Cass. 25 agosto 2016 n. 17326 in *dejure.it*).

l'art. 18 Stat. Lav. neppure potrà applicarsi il rito speciale che espressamente a quell'articolo si coordina).

Ne consegue che, ai rapporti di lavoro sorti alla vigilia dell'entrata in vigore del d.lgs n. 23 del 2015 e che presumibilmente si protrarranno per anni, continueranno ad applicarsi le garanzie sostanziali e processuali della legge Fornero ed entro gli stessi limiti verrà concesso il provvedimento cautelare.

Inoltre, il ricorso alla tutela cautelare continuerà di fatto ad essere complicato proprio per il diverso contenuto delle situazioni sostanziali protette.

In particolare, se l'inapplicabilità del "rito Fornero" si lega alla natura risarcitoria della tutela – che è divenuta ormai la regola – ne consegue l'asserita assenza della necessità di una peculiare celerità del procedimento. Ancor prima, però, sul diverso piano della situazione sostanziale dedotta - se il rimedio a cui si tende all'esito del giudizio di merito ha carattere risarcitorio e non ripristinatorio del rapporto- diventa più rigoroso l'onere di allegazione per accedere alla tutela cautelare.

In definitiva, in un sistema in cui la tutela contro i licenziamenti illegittimi è, di regola, meramente risarcitoria, "il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria" potrebbe non integrare quasi mai un pregiudizio imminente ed irreparabile. Al più il giudice potrebbe tenere conto del tempo trascorso per giungere alla decisione, nel momento in cui determinail *quantum* delle mensilità da corrispondere a titolo di indennità risarcitoria¹⁹.

Pertanto, ai fini della concessione del provvedimento cautelare, il lavoratore cui è stato intimato il licenziamento dovrà dedurre la violazione di un interesse fondamentale rispetto al quale senz'altro viene in rilievo l'essenzialità della retribuzione. Ne deriva che sul lavoratore che agisce in via d'urgenza grava un onere di allegazione sostanzialmente simile alla deduzione in giudizio del *periculum* qualificato di cui si discorre in applicazione del c.d. "rito Fornero".

¹⁹ Si v. C. Cost. 2018 n.194 con cui la Corte dichiara l'incostituzionalità del c.d. Jobs Act (D.lgs. n. 23 del 2015) nella parte in cui prevedeva che «l'indennizzo – in caso di licenziamento illegittimo – dovesse essere ancorato alla sola anzianità di servizio. In particolare, sul presupposto che il diritto alla stabilità del posto «non ha una propria autonomia concettuale» e la reintegrazione può essere esclusa in presenza di risarcimenti di tipo economico sotto forma di una «indennità», ovvero di «rimedio risarcitorio», la Corte ha limitato i criteri di valutazione del pregiudizio subito dal lavoratore a disposizione del giudice chiamato a dirimere la controversia; tale discrezionalità dovrà esercitarsi entro i confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto e, dunque, entro una soglia minima e una massima con conseguente personalizzazione del danno.

Nunzia Tesone
Magistrato

Licenziamento disciplinare: il ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito.

Nota a Cass., sez. un., sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017

abstract

The Joined Section address the contrast jurisprudential in order to apply protection in the event of disciplinary dismissal with contestation of charge at a considerable distance from the fact, in the term of the amended article 18 of Workers Statute.

keywords

Disciplinary dismissal – Breach of the principle of immediacy dispute – Applicable protection.

abstract

Le Sezioni Unite risolvono il contrasto giurisprudenziale in ordine alla tutela applicabile nell'ipotesi di licenziamento disciplinare la cui contestazione di addebito intervenga a notevole distanza dal fatto, nella vigenza del novellato art. 18 Statuto dei Lavoratori.

parole chiave

Licenziamento disciplinare – Violazione del principio di immediatezza della contestazione – Tutela applicabile.

Licenziamento disciplinare – Difetto di immediatezza o tempestività della contestazione – Tutela di cui all'art. 18, comma 5, st.lav., nuova formulazione – Applicabilità.

La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare, conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito posto a base del provvedimento di recesso, ricadente "ratione temporis" nella disciplina dell'art. 18 st.lav., così come modificato dal comma 42 dell'art. 1 della l.n. 92 del 2012, comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità prevista dal comma 5 dello stesso art. 18 st.lav.

Cass. S.U. Sentenza del 27/12/2017 n. 30985,
Pres. Canzio Giovanni, Est. Berrino Umberto

(omissis)

FATTO

Bruno Cimino ricorse al giudice del lavoro del Tribunale di Arezzo per ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento per giusta causa intimatogli dalla Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., oltre che la reintegra nel posto di lavoro, il tutto sulla base del rilievo che la contestazione dell'addebito gli era stata tardivamente formulata a distanza di circa due anni dall'avvenuta cognizione, da parte della datrice di lavoro, dei fatti di rilevanza disciplinare.

La domanda, introdotta in base al rito di cui alla legge n. 92 del 2012 (legge "Fornero"), fu accolta in fase sommaria, mentre venne rigettata dal giudice dell'opposizione, il quale mantenne, tuttavia, ferma la declaratoria di illegittimità del licenziamento, limitandosi ad applicare la tutela indennitaria cosiddetta "debole" di cui all'art. 18, comma 6, dello Statuto dei lavoratori.

Tale statuizione venne poi riformata in sede di gravame dalla Corte d'appello di Firenze (sentenza del 6.7.2015), che dispose la reintegra del ricorrente nel posto di lavoro ritenendo che il licenziamento era da considerare nullo per la mancanza della contestazione immediata, posto che l'inerzia di durata ragguardevole era significativa della rinuncia della parte datoriale e comportava l'estinzione del diritto potestativo di recesso.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze ha proposto ricorso per cassazione la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. con quattro motivi deducendo, tra l'altro e per quel che qui interessa, la violazione degli artt. 7 e 18, comma 6, dello Statuto dei lavoratori, e lamentando l'erroneità dell'applicazione della tutela reintegratoria in luogo di quella indennitaria debole (art. 18, comma 6, l. n. 300/70) o al più in luogo di quella indennitaria forte (art. 18, comma 5, della citata legge).

Ha resistito con controricorso il lavoratore, il quale ha proposto a sua volta ricorso incidentale condizionato, affidato a tre motivi, al cui accoglimento si è opposta la Banca.

Con ordinanza n. 10159 del 21.4.2017 la Sezione Lavoro di questa Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, avendo rilevato come questione di massima importanza quella concernente l'individuazione della tutela applicabile in caso di tardività della contestazione disciplinare per fatti ricadenti nella previsione dell'art. 18 della legge n. 300/70 nel testo vigente a seguito dell'introduzione dell'art. 1, comma 42, della legge n. 91/2012, stante la non univocità del quadro giurisprudenziale al riguardo. In tale ordinanza si è, infatti, posto in evidenza che si registrano al riguardo due diversi orientamenti: uno che nega il carattere sostanziale al vizio della intempestiva contestazione disciplinare, con conseguente applicazione della tutela indennitaria, e un altro che reputa, invece, l'immediatezza della contestazione alla stregua di un elemento costitutivo del licenziamento, la cui mancanza consente l'applicazione della tutela reintegratoria, anche nella vigenza del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

Il Procuratore Generale ha concluso per il rigetto del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Va premesso che il ricorso della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. è articolato su quattro motivi, dei quali solo il terzo inerisce in modo specifico alla questione devoluta all'esame delle Sezioni Unite di questa Corte.

1. Con tale motivo si sostiene la violazione o falsa applicazione dell'art. 18, comma 6, della legge n. 300 del 1970, in relazione all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale ed ai principi in materia di rapporti tra la disciplina di legge generale e quella della legge speciale, oltre che dell'art. 7 L. n. 300/1970, in relazione agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. nonché agli artt. 1324, 1325 e 1418 cod. civ.

Osserva la ricorrente che nell'impugnata sentenza risultano violati i principi in materia di rapporti tra legge generale e legge speciale e di interpretazione della legge, laddove si sostiene che l'ipotesi oggetto di causa si porrebbe prima e al di fuori della casistica dell'art. 18 L. n. 300/70, poiché, pur sussistendo il fatto e gli estremi della giusta causa, sarebbe tuttavia venuto meno il diritto di recesso datoriale in conseguenza di un fatto negoziale di natura abdicativa, rappresentato dal trascorrere del tempo utile per esercitare il relativo potere, unitamente a comportamenti concludenti della stessa datrice di lavoro che aveva adibito il dipendente Cimino Bruno a mansioni di rilevante fiducia pur dopo la scoperta dei fatti oggetto di addebito disciplinare.

Si obietta sul punto che la disciplina di cui all'art. 18 L. n. 300/70, come novellato all'indomani della legge n. 92/2012, si incarica di individuare in maniera analitica ed esaustiva tutti i possibili vizi del recesso

datoriale ed i conseguenti rimedi spettanti al lavoratore, per cui rimane preclusa all'interprete la possibilità di sostenere che un'ipotesi di nullità o illegittimità del recesso datoriale debba invece trovare disciplina fuori dall'art. 18 della legge n. 300/70.

2. Non condivisibile, prosegue la ricorrente, è poi l'affermazione della Corte d'appello di Firenze secondo cui la tardiva contestazione, come quella in oggetto, non sia sempre suscettibile di integrare un vizio procedimentale del recesso. Invero, la semplice lettura dell'art. 7 della legge n. 300/70 rende evidente, per la difesa della Banca, che è proprio questa disposizione a regolamentare il procedimento che, dalla contestazione disciplinare, conduce all'irrogazione del licenziamento, con la conseguenza che il ritardo nell'espletamento di questa procedura costituisce un vizio della stessa e trova la propria regolamentazione all'interno del sesto comma del nuovo art. 18 che, in caso di accertata violazione a carattere procedurale, prevede la risoluzione del rapporto di lavoro con riconoscimento al dipendente di una mera indennità risarcitoria determinata, in relazione alla gravità della violazione procedurale, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Quindi, considerato che non può esservi alcun dubbio sul fatto che l'intempestività della contestazione si configuri come vizio procedimentale, secondo la ricorrente si perviene ad una conclusione analoga anche alla luce delle norme di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., quali referenti normativi della regola di tempestività della contestazione. Anche tale disposizione sancisce regole di condotta e, dunque, di procedura, con la conseguenza che la loro ipotetica violazione resta ascritta al genus delle violazioni procedimentali suscettibili della sola tutela indennitaria di cui al citato comma 6 dell'art. 18 L. n. 300/70. Regole di condotta la cui trasgressione non può mai condurre, secondo il presente assunto difensivo, all'invalidazione di un atto, ma solo al risarcimento del danno.

3. Inoltre, secondo la ricorrente, la tesi della nullità del licenziamento, così come sostenuta nella sentenza impugnata, si espone a critica sotto un ulteriore profilo, in quanto non ricorre nella specie alcuna delle ipotesi integranti un vizio di nullità alla luce degli artt. 1418 e 1325 cod. civ. (difetto strutturale della fattispecie, contrarietà a norma imperativa, esistenza di un interesse illecito), applicabili ex art. 1324 cod. civ. anche agli atti unilaterali tra vivi con contenuto patrimoniale. Erronea è ancora, secondo la ricorrente, la sentenza d'appello nel punto in cui si ritiene che l'inerzia della datrice di lavoro, accompagnata dal comportamento concludente – consistente nell'aver adibito Cimino a mansioni di rilevante fiducia – possa integrare un fatto negoziale di rinuncia al diritto di recesso e dare luogo alla nullità di quest'ultimo. Inoltre, si ritiene non essere conferente il richiamo al precedente n. 9929/2004 della Suprema Corte che fa riferimento all'esigenza di

tutela dell'affidamento creatosi nel lavoratore in ordine al fatto che il diritto di recesso datoriale non sia più esercitato, in quanto la valutazione secondo buona fede della condotta del datore di lavoro non può condurre ad una qualificazione di nullità del recesso.

Diversamente, si ammetterebbe l'ingresso nel nostro ordinamento della ipotesi dell'estinzione di una situazione giuridica soggettiva che può essere fatta dipendere da un'inerzia del titolare quand'anche non si protragga per il tempo necessario alla maturazione della prescrizione, vanificandosi l'esigenza di certezza alla quale è funzionale tale istituto.

Infine, si afferma che non è condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la tardività farebbe venir meno uno degli elementi costitutivi del diritto di recesso e il corrispondente vizio dovrebbe essere verificato d'ufficio dal giudice: orbene, proprio quest'ultima precisazione dimostrerebbe, secondo la difesa della Banca, che la fattispecie cui fanno riferimento i precedenti richiamati contempla l'insussistenza del fatto, situazione, questa, non ricorrente nel caso in esame, così come accertato dalla stessa Corte territoriale.

4. Con l'ordinanza interlocutoria n. 10159 del 2017 la Sezione Lavoro di questa Corte ha richiamato i due orientamenti contrastanti di legittimità che si sono registrati in ordine alla tutela da applicare, alla luce del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nel caso di rilevante tardività della contestazione disciplinare, dopo aver precisato che prima della riforma introdotta dalla legge n. 92/2012 la giurisprudenza di legittimità era concorde nel ritenere che l'immediatezza del provvedimento espulsivo configurasse un elemento costitutivo del diritto al recesso del datore di lavoro, in quanto la mancanza di tempestività della contestazione o del licenziamento induceva ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro avesse soprasseduto al licenziamento stesso, considerando non grave o non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore (in tal senso v. Cass. sez. lav. n. 2902 del 13.2.2015, n. 20719 del 10.9.2013, n. 1995 del 13.2.2012 e n. 13167 dell'8.6.2009).

5. Tale orientamento è stato di recente confermato con la sentenza n. 2513 del 31.1.2017 della Sezione lavoro di questa Corte, in una fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio, in relazione ad un licenziamento disciplinare tardivo intimato sotto la vigenza della nuova disciplina introdotta dalla legge n. 92 del 2012, affermandosi che un fatto non tempestivamente contestato dal datore di lavoro non può che essere considerato insussistente ai fini della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 del novellato statuto dei lavoratori, trattandosi di violazione radicale che impedisce al giudice degli elementi costitutivi del diritto di recesso e il corrispondente vizio dovrebbe essere verificato d'ufficio dal giudice: orbene, proprio quest'ultima precisazione dimostrerebbe, secondo la difesa della Banca, che la fattispecie cui fanno riferimento i precedenti richiamati

contempla l'insussistenza del fatto, situazione, questa, non ricorrente nel caso in esame, così come accertato dalla stessa Corte territoriale.

4. Con l'ordinanza interlocutoria n. 10159 del 2017 la Sezione Lavoro di questa Corte ha richiamato i due orientamenti contrastanti di legittimità che si sono registrati in ordine alla tutela da applicare, alla luce del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nel caso di rilevante tardività della contestazione disciplinare, dopo aver precisato che prima della riforma introdotta dalla legge n. 92/2012 la giurisprudenza di legittimità era concorde nel ritenere che l'immediatezza del provvedimento espulsivo configurasse un elemento costitutivo del diritto al recesso del datore di lavoro, in quanto la mancanza di tempestività della contestazione o del licenziamento induceva ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro avesse soprasseduto al licenziamento stesso, considerando non grave o non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore (in tal senso v. Cass. sez. lav. n. 2902 del 13.2.2015, n. 20719 del 10.9.2013, n. 1995 del 13.2.2012 e n. 13167 dell'8.6.2009).

5. Tale orientamento è stato di recente confermato con la sentenza n.2513 del 31.1.2017 della Sezione lavoro di questa Corte, in una fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio, in relazione ad un licenziamento disciplinare tardivo intimato sotto la vigenza della nuova disciplina introdotta dalla legge n. 92 del 2012, affermandosi che un fatto non tempestivamente contestato dal datore di lavoro non può che essere considerato insussistente ai fini della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 del novellato statuto dei lavoratori, trattandosi di violazione radicale che impedisce al giudice di valutare la commissione effettiva dello stesso anche ai fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori. Si è, in pratica, ritenuto che, dal momento in cui il fatto non è stato contestato idoneamente ex art. 7 l. n. 300/70, lo stesso è "*tanquam non esset*" e, quindi, insussistente ai sensi del novellato art. 18, in quanto sul piano letterale la norma parla di insussistenza del "fatto contestato" (cioè contestato regolarmente) e quindi, a maggior ragione, non può che riguardare anche l'ipotesi in cui il fatto sia stato contestato in aperta violazione del citato art. 7 a causa del notevole ritardo nella elevazione dell'addebito disciplinare.

6. Osserva la Corte che il terzo motivo del ricorso principale è fondato, seppur nei limiti che di qui appresso saranno specificati.

Invero, va tenuto conto del fatto che con la legge n. 92 del 2012 (riforma Fornero) si assiste ad una modifica dell'art. 18, nel senso che accanto alla tutela reale, la quale rappresenta il massimo livello di protezione per sanzionare un illecito, viene prevista una tutela meramente indennitaria. I regimi di cui si parla nel nuovo art. 18 sono i seguenti: a) quello della tutela reintegratoria piena (disciplinato dai primi tre commi dell' art. 18); b) quello della tutela reintegratoria at-

tenuata (comma 4); c) quello della tutela indennitaria forte (comma 5), che varia tra le 12 e le 24 mensilità; d) quello della tutela indennitaria limitata (comma 6), che oscilla tra le 6 e le 12 mensilità.

L'odierna formulazione dell' art. 18 prevede una tutela reale piena, consistente nella reintegrazione e nel risarcimento del danno per l'intero periodo che va dal alla effettiva reintegra, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, nei casi in cui il giudice dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o dovuto ad un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile (conclusione esclusiva del contratto per un motivo illecito comune ad entrambe le parti) o quando il giudice dichiara inefficace il licenziamento perché intimato in forma orale. In caso di tutela reale piena, oltre alla reintegra, è previsto anche un risarcimento che non può mai essere inferiore a 5 volte l'ultima retribuzione percepita dal dipendente al momento dell'illegittimo, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

7. Ebbene, va subito detto che il caso di cui ci si occupa non trova collocazione in alcuna delle ipotesi tipiche elencate nel primo comma del novellato art. 18 ai fini dell'applicabilità della tutela reale piena, rappresentando queste ultime delle specifiche ipotesi di nullità o inefficacia espressamente prefigurate dalla stessa norma. Non va, infatti, sottaciuto che nel caso di specie il licenziamento venne intimato il 18.2.2013 a Cimino Bruno per il fatto che nel periodo febbraio-settembre 2010, in qualità di preposto alla "linea family", aveva consentito o, comunque, favorito (coinvolgendo il personale di sportello) la negoziazione di n. 37 assegni bancari per complessivi euro 455.383,11 in violazione della relativa normativa, permettendo così ai clienti e non della filiale di incassare (per lo più in contanti) il retratto di numerosi titoli tratti su banche corrispondenti, spesso fuori piazza. È, pertanto, evidente che la motivazione del licenziamento intimato a Cimino esula dai casi previsti dal primo comma del citato art.18 ai fini della dichiarazione di illiceità o inefficacia per i quali opera la tutela reintegratoria piena. Né, tantomeno, può sostenersi che il rilevante ritardo di due anni nella contestazione dell'addebito disciplinare rispetto ai fatti in precedenza accertati possa integrare una causa

di nullità o inefficacia del licenziamento sanzionabile con l'ordine di reintegra di cui al primo comma del novellato art. 18 della legge n. 300/70, sia perché l'ipotesi in esame non è contemplata tra le possibili cause di nullità o inefficacia espressamente previste dal citato primo comma ai fini della predetta reintegra, sia perché si è in presenza di un vizio che si concretizza, in realtà, in una forma di inadempimento della parte datoriale ai generali doveri di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori che attiene propriamente alla fase successiva ed attuativa della comunicazione del provvedimento espulsivo, senza alcun concorso alla formazione della causa che ha dato origine al recesso datoriale. In definitiva può ritenersi che si è in presenza di un vizio funzionale e non genetico della fattispecie

sanzionatoria, per cui nemmeno è condivisibile l'orientamento (Cass. sez. lav. n. 2513 del 31.1.2017) secondo cui il fatto non tempestivamente contestato dal datore di lavoro dovrebbe essere considerato insussistente, con violazione radicale dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori che impedirebbe al giudice di valutare la commissione effettiva dello stesso fatto anche ai fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori. Al contrario, il fatto oggetto di addebito disciplinare è pur sempre valutabile dal giudicante, il quale dovrà solo verificare se l'inadempienza al generale principio dell'immediatezza della contestazione finisca per inficiare la validità del licenziamento, per individuare poi il tipo di tutela applicabile.

8. Per quel che riguarda, invece, il regime della tutela reintegratoria attenuata il quarto comma dell'art. 18, nel testo introdotto dalla legge n. 92/2012, stabilisce che il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Orbene, il caso in esame non è riconducibile a tale previsione normativa per la semplice ragione che quest'ultima presuppone che la mancanza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa sia dovuta alla insussistenza del fatto contestato ovvero alla sua ascrivibilità alle condotte punibili con una sanzione conservativa

sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, mentre nella fattispecie in esame il fatto posto a base dell'addebito era stato accertato prima che lo stesso venisse contestato, seppur con notevole ritardo, al lavoratore, né emerge che fosse riconducibile ad una previsione collettiva di applicazione di sanzione conservativa.

Tra l'altro, è interessante notare che il settimo comma dell'art. 18 prevede che il giudice applichi la medesima disciplina di cui al quarto comma nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero nel caso che il licenziamento sia stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile (recesso per decorrenza dei termini stabiliti dalla legge o dagli usi o secondo equità nei casi di sospensione del rapporto di lavoro per infortunio, malattia, gravidanza e puerperio), stabilendo, nel contempo, che il giudice può applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ebbene, anche in tali ipotesi di giustificato motivo oggettivo del licenziamento, così come nella previsione normativa di cui al primo e al quarto comma del citato art. 18, si è in presenza di fattispecie prefigurate dal legislatore ai fini dell'applicabilità della tutela reale depotenziata.

In definitiva, la insussistenza o la manifesta insussistenza che legittima l'accesso alla tutela reintegratoria attenuata non può non riguardare il difetto – nel medesimo fatto – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo, tanto più che la riforma in esame di cui alla legge n. 92 del 2012 non ha modificato, per quel che qui interessa, le norme sui licenziamenti individuali, di cui alla legge n. 604 del 1966, laddove stabiliscono che il licenziamento del prestatore non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. o per giustificato motivo.

Quindi, nelle ipotesi (come quella oggetto di causa) in cui sia, invece, accertata la sussistenza dell'illecito disciplinare posto a base del licenziamento, ma questo non sia stato preceduto da tempestiva contestazione, si è fuori dalla previsione di applicazione della tutela reale nella forma attenuata di cui al quarto comma del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori (estesa anche all'ipotesi di cui al comma settimo concernente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo) che è, invece, contemplata per il caso di licenziamento ritenuto gravemente infondato in considerazione dell'accertata insussistenza (o manifesta insussistenza per l'ipotesi di cui al citato settimo comma) del fatto.

9. Così escluso che la tardività della contestazione dell'illecito disciplinare possa essere sanzionata attraverso il rimedio della tutela reale piena o depotenziata

di cui all'art. 18 – nel testo vigente a seguito della riforma introdotta dalla legge n. 92 del 2012 – resta il problema di stabilire a quale forma di tutela indennitaria far ricorso, se cioè a quella forte, di cui al quinto comma, o a quella debole, di cui al sesto comma dell'art. 18 della legge n. 300/70.

La soluzione del problema discende sostanzialmente dalla valenza che si intende attribuire al principio della tempestività della contestazione dell'illecito disciplinare, nel senso che se, per un verso, è certo che l'obbligo della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970, d'altro canto, è pur vero che ciò non implica automaticamente che la violazione del principio della tempestività della contestazione disciplinare, così come elaborato dalla giurisprudenza, debba essere sempre sanzionata attraverso il meccanismo della indennità attenuata, di cui al sesto comma del citato art. 18, per il solo fatto che tale norma contempla, tra le ipotesi di applicazione di tale più lieve sanzione, quelle derivanti dalla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della stessa legge n. 300 del 1970 e dell'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, unitamente alla violazione del requisito della motivazione.

Invero, il principio della tempestività della contestazione lo si desume dal contesto della lettura della norma di cui all'art. 7 della legge n. 300/70, dal momento che questa non lo enuncia in maniera espressa, limitandosi solo a prevedere quanto segue: "Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa."

Eguale all'art. 7, comma 1, della legge n. 604 del 1966, anch'esso richiamato nel sesto comma dell'art. 18 della legge n. 300/70, si limita a stabilire che ferma l'applicabilità, per il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge, qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore.

Ciò autorizza a ritenere che il principio della tempestività della contestazione può risiedere anche in esigenze più importanti del semplice rispetto delle regole, pur esse essenziali, di natura procedimentale, vale a dire nella necessità di garantire al lavoratore una difesa effettiva e di sottrarlo al rischio di un arbitrario differimento dell'inizio del procedimento disciplinare. Si è, infatti, affermato che, in materia di licenziamento disciplinare, il principio dell'immediatezza della contestazione mira,

da un lato, ad assicurare al lavoratore incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, così da consentirgli il pronto allestimento del materiale difensivo per poter contrastare più efficacemente il contenuto degli addebiti, e, dall'altro, nel caso di ritardo della contestazione, a tutelare il legittimo affidamento del prestatore – in relazione al carattere facoltativo dell'esercizio del potere disciplinare, nella cui esplicazione il datore di lavoro deve comportarsi in conformità ai canoni della buona fede – sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto incriminabile.

Inoltre, tra l'interesse del datore di lavoro a prolungare le indagini in assenza di una obbiettiva ragione e il diritto del lavoratore ad una pronta ed effettiva difesa, non può non prevalere la posizione di quest'ultimo, tutelata "ex lege", senza che abbia valore giustificativo, a tale fine, la complessità dell'organizzazione aziendale (v. in tal senso Cass. sez. lav. n. 13167 dell'8.6.2009).

A ben vedere il fondamento logico-giuridico della regola generale della tempestività della contestazione disciplinare non soddisfa solo l'esigenza di assicurare al lavoratore incolpato l'agevole esercizio del diritto di difesa, quando questo possa essere compromesso dal trascorrere di un lasso di tempo eccessivo rispetto all'epoca di accertamento del fatto oggetto di addebito, ma appaga anche l'esigenza di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori, nonché quella di tutelare l'affidamento che il dipendente deve poter fare sulla rinuncia dello stesso datore di lavoro a sanzionare una mancanza disciplinare allorquando questi manifesti, attraverso la propria inerzia protratta nel tempo, un comportamento in tal senso concludente.

10. In definitiva, la violazione della procedura di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, alla quale il novellato sesto comma dell'art. 18 riconduce l'applicabilità della tutela indennitaria debole unitamente ai casi di violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966 e di inefficacia per violazione del requisito della motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604/1966, è da intendere, ai fini sanzionatori che qui rilevano, come violazione delle regole che scandiscono le modalità di esecuzione dell'intero iter procedimentale nelle sue varie fasi, mentre la violazione del principio generale di carattere sostanziale della tempestività della contestazione quando assume il carattere di ritardo notevole e non giustificato è idoneo a determinare un affievolimento della garanzia per il dipendente incolpato di espletare in modo pieno una difesa effettiva nell'ambito del procedimento disciplinare, garanzia, quest'ultima, che non può certamente essere vanificata da un comportamento del datore di lavoro non improntato al rispetto dei canoni di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod.civ.

In effetti, la mancanza di tempestività della contestazione disciplinare può indurre nelle suddette ipotesi a ritenere, fino a quando la stessa non venga eseguita,

che il datore di lavoro voglia soprassedere al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore, con la precisazione che detto requisito va inteso in senso relativo, come costantemente affermato in diversi precedenti di legittimità, potendo essere compatibile con un intervallo di tempo, più o meno lungo, quando l'accertamento e la valutazione dei fatti richiedano uno spazio temporale maggiore ovvero quando la complessità della struttura organizzativa dell'impresa possa far ritardare il provvedimento di recesso, restando comunque riservata al giudice del merito la valutazione delle circostanze di fatto che in concreto giustificano o meno il ritardo.

Quindi, la violazione derivante dalla tardività notevole e ingiustificata della contestazione disciplinare è sanzionabile alla stregua del quinto comma del citato art. 18, da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale, secondo il quale il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

11. In sostanza, tirando le somme di quanto fin qui detto, può affermarsi che ciò che rileva dal punto di vista disciplinare è un inadempimento, vale a dire una mancata o inesatta esecuzione della prestazione che abbia arrecato pregiudizio all'interesse del datore di lavoro-creditore e di cui il prestatore di lavoro debba essere ritenuto responsabile. Tuttavia, se da una parte rileva l'interesse del datore di lavoro al funzionamento complessivo dell'impresa, dall'altra anche il datore di lavoro è tenuto all'osservanza di quei fondamentali precetti che presiedono all'attuazione dei rapporti obbligatori e contrattuali e che sono scolpiti negli artt. 1175 e 1375 cod. civ., vale a dire i precetti di correttezza e buona fede, quanto mai importanti nell'esercizio del potere disciplinare atto ad incidere sulle sorti del rapporto e sulle relative conseguenze giuridiche ed economiche, ragion per cui deve essere improntato alla massima trasparenza.

Quindi, se il datore di lavoro viola tali doveri, ritardando oltremodo e senza un'apprezzabile giustificazione la contestazione disciplinare, il problema non è più quello della violazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, quanto piuttosto l'altro della interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro. Invero, posto che l'obbli-

gazione dedotta in contratto ha lo scopo di soddisfare l'interesse del creditore della prestazione, l'inerzia del datore di lavoro di fronte alla condotta astrattamente inadempiente del lavoratore può essere considerata quale dichiarazione implicita, per *facta concludentia*, dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione del suo interesse. E se è vero che ciascun contraente deve restare vincolato agli effetti del significato socialmente attribuibile alle proprie dichiarazioni e ai propri comportamenti, la successiva e tardiva contestazione disciplinare non può che assumere il valore di un inammissibile "venire contra factum proprium", la cui portata di principio generale è stata ormai riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità argomentando proprio sulla scorta della sua contrarietà ai principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. Con la conseguenza che, sussistendo l'inadempimento posto a base del licenziamento, ma non essendo tale provvedimento preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare a causa dell'accertata contrarietà del comportamento del datore di lavoro ai canoni di correttezza e buona fede, la conclusione non può essere che l'applicazione del quinto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Diversamente, qualora le norme di contratto collettivo o la stessa legge dovessero prevedere dei termini per la contestazione dell'addebito disciplinare, la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di natura procedimentale, nell'alveo di applicazione del sesto comma del citato art. 18 che, nella sua nuova formulazione, è collegato alla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e dell'articolo 7 della legge n. 604 del 1966.

12. In definitiva, il principio di diritto che va affermato nel caso di specie è il seguente: "La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito posto a base dello stesso provvedimento di recesso, ricadente "ratione temporis" nella disciplina dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, così come modificato dal comma 42 dell'art. 1 della legge n. 92 del 28.6.2012, comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dal quinto comma dello stesso art. 18 della legge n. 300/1970."

Pertanto, l'impugnata sentenza va cassata in relazione all'accoglimento, nei limiti come sopra specificati, del terzo motivo del ricorso della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., rimanendo, di conseguenza, assorbito l'esame degli altri motivi del ricorso principale e del ricorso incidentale, per cui la causa va rinviata per la trattazione del merito alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione che, attenendosi al suddetto principio di diritto, provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

(omissis)

***Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** Il licenziamento disciplinare e la disciplina applicabile in tema di tardività della contestazione ai sensi dell'art.18 legge 20 maggio 1970 n. 300 nel testo vigente anteriormente alle modifiche ex art. 1 comma 42 della legge 28 giugno 2012 n. 92. – **2.** I due orientamenti della giurisprudenza di legittimità formati nella vigenza del novellato art.18 legge 20 maggio 1970 n. 300. – **3.** La decisione.

Premessa

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite risolve il contrasto sorto nella giurisprudenza in ordine alla tutela applicabile al licenziamento disciplinare nell'ipotesi di ritardo notevole e non giustificato della contestazione nella vigenza dell'art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei Lavoratori), come novellato dall'art. 1 comma 42 della legge 28 giugno 2012 n. 92 (cd. legge fornero) affermando che tale ipotesi va distinta dalla violazione dell'iter procedimentale di cui all'art. 7 St. Lav – per la quale l'art.18 comma 6 St. Lav prescrive il riconoscimento di una tutela indennitaria tra sei e dodici mensilità – e che la stessa rientra, invece, "nelle altre ipotesi" di cui al comma 5 della medesima disposizione con attribuzione al lavoratore di un'indennità tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità.

1. Licenziamento disciplinare e la disciplina applicabile in tema di tardività della contestazione ai sensi dell'art.18 legge 20 maggio 1970 n. 300 nel testo vigente anteriormente alle modifiche ex art. 1 comma 42 della legge 28 giugno 2012 n. 92

L'identificazione della fattispecie licenziamento disciplinare è frutto dell'elaborazione della giurisprudenza che, dopo un lungo dibattito, è giunta ad accogliere la tesi cd ontologica¹, (rifiutando quella cd formalistica che ravvisava la natura disciplinare dell'atto di recesso solo in presenza di un'espressa previsione della contrattazione collettiva), secondo la quale il licenziamento ha natura disciplinare ogni qualvolta sia motivato da un comportamento imputabile a titolo di colpa al lavoratore, anche in assenza di un'espressa qualificazione in tale senso da parte della contrattazione collettiva.

Il licenziamento disciplinare, così definito, copre l'area del recesso per giustificato motivo soggettivo e quella del recesso per giusta causa – ovvero il licenziamento fondato su un grave inadempimento o su un comportamento colpevole del lavoratore – restando escluse solo le ipotesi in cui la giusta causa si concreta in fatti non attinenti alla condotta del lavoratore.

¹ Cass., sez. un., 18.06.1987, n. 4823.

Da ciò consegue che l'ambito di applicazione dell'art. 7 St. Lav. deve essere circoscritto alle ipotesi in cui sussistano sia la violazione di un obbligo contrattuale – condotta inadempiente – sia l'imputabilità della stessa a volontà o a colpa.

In virtù dell'applicabilità dell'art. 7 commi 1, 2, 3 st. lav., il licenziamento disciplinare non può essere intimato al dipendente se non dopo: 1) la formale contestazione dell'addebito che deve essere puntuale, completa, tempestiva ed è immodificabile in un momento successivo; 2) la concessione di un termine minimo di difesa e l'audizione del lavoratore che lo richiede; 3) la tempestiva contestazione del licenziamento in forma scritta.

La violazione dell'iter procedimentale previsto dall'art. 7 St Lav, e, dunque, anche del principio della immediatezza della contestazione, secondo la giurisprudenza consolidata formatasi nella vigenza dell'art.18 St Lav, ante novella art 1 comma 42 legge 28 giugno 2012 n. 92 (cd. legge fornero), comportava la nullità del licenziamento².

Ed invero, la giurisprudenza era concorde nel ritenere che l'immediatezza della contestazione si atteggiava ad elemento costitutivo del diritto di recesso datoriale in quanto, per la funzione di garanzia che assolveva, l'interesse del datore di lavoro all'acquisizione di ulteriori elementi a conforto della colpevolezza del lavoratore non poteva pregiudicare il diritto di quest'ultimo ad una pronta ed effettiva difesa, sicché, ove la contestazione fosse stata tardiva, restava precluso l'esercizio del potere e la sanzione irrogata era invalida³.

Tuttavia, nel regime previgente la novella, la qualificazione del vizio, in un'ipotesi come quella in esame, era non rilevante per l'interprete, atteso che, nell'ambito di applicazione dell'unica tutela contemplata dall'art.18 St.Lav., vi rientravano sia il licenziamento inefficace (per difetto della forma scritta prevista ad substantiam), sia il licenziamento illegittimo (per carenza di giusta causa o del giustificato motivo oggettivo), sia il licenziamento nullo (nelle ipotesi previste dalla legge).

2. I due orientamenti della giurisprudenza di legittimità formati nella vigenza del novellato art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300

Per comprendere a pieno le ragioni poste a fondamento del contrasto giurisprudenziale che ha dato origine alla pronuncia in esame non può prescindere dalla ricostruzione del nuovo quadro delle tutele delineate dall'art.18 St Lav come modificato dalla legge 28 giugno 2012 n. 92.

La disposizione contempla quattro diversi regimi di tutela: a) quello della tutela reintegratoria piena (disciplinato dai primi tre commi dell'art. 18 e consistente nella reintegrazione e nel risarcimento del danno per

l'intero periodo dal licenziamento alla reintegra); b) quello della tutela reintegratoria attenuata (comma 4 e consistente nella reintegra e nel risarcimento del danno corrispondente ad un'indennità non superiore a 12 mensilità); c) quello della tutela indennitaria forte (comma 5), che varia tra le 12 e le 24 mensilità; d) quello della tutela indennitaria limitata (comma 6), che oscilla tra le 6 e le 12 mensilità.

La tutela reintegratoria piena trova applicazione nelle ipotesi dei cd. licenziamenti "odiosi", quali quello discriminatorio, ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, intimato in concomitanza col matrimonio, ai sensi dell'articolo 35 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), del licenziamento nullo negli altri casi previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ovvero del licenziamento intimato in forma orale, e, dunque, inefficace.

Nell'ambito della tutela reintegratoria attenuata vi rientrano, invece, le ipotesi in cui il giudice accerti che "non ricorrono gli estremi" del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per "insussistenza" del fatto contestato o perché la contrattazione collettiva prevede per quel fatto l'irrogazione di una sanzione conservativa, (co. 4) nonché le ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, ai sensi degli art. 4, comma 4 e 10, comma 10 della legge 12 marzo 1999 n. 68 o per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica e psichica del lavoratore, nelle ipotesi di licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 codice civile, o nei casi in cui il giudice accerti la "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (co. 7).

Diversamente, la tutela indennitaria forte trova applicazione in una serie variegata di ipotesi per come dire residuali quali: "nelle altre ipotesi" in cui si accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa (co. 5); "nelle altre ipotesi" in cui si accerti che "non ricorrono gli estremi" del giustificato motivo oggettivo (co.7); mentre, la tutela indennitaria attenuata si applica nell'ipotesi di licenziamento dichiarato inefficace per violazione del requisito della motivazione di cui all'art. 2 co. 2 della legge 15 luglio 1966 n. 604, della procedura di cui all'art.7 della legge 28 giugno 2012 n. 92, della procedura prevista dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604.

Dunque, per l'ipotesi di violazione dell'iter procedurale previsto per il licenziamento disciplinare, e, dunque, anche per la violazione del principio di immediatezza della contestazione, l'art.18, comma 6 St Lav, prevede l'applicazione della tutela indennitaria attenuata.

² Cass., 20.12.1990, n. 12116.

³ Cass., 13.02.2015, n.2902; Cass., 10.09.2013, n. 20719.

Tuttavia, in ordine al regime applicabile all'ipotesi in esame del ritardo notevole ed ingiustificato della contestazione dell'addebito si sono formati, nella giurisprudenza, due orientamenti che sono pervenuti a radicali opposte soluzioni. Difatti, un orientamento, nell'esaminare una fattispecie di tardiva contestazione a distanza di oltre un anno, ha ritenuto il fatto insussistente con applicazione della tutela reintegratoria⁴.

La Corte ha fondato la propria decisione sul rilievo che un fatto non tempestivamente contestato deve essere considerato insussistente non "possedendo l'idoneità ad essere verificato in giudizio", atteso che si è in presenza di una violazione formale a carattere radicale che, coinvolgendo i diritti di difesa del lavoratore, impedisce al giudice di valutarne la commissione effettiva anche ai fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori.

L'altro orientamento, invece – ricostruito il quadro della tutele ed evidenziato che, secondo la nuova formulazione dell'art. 18 St. Lav., la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento e nelle altre ipotesi tassative previste – ha concluso che la violazione del principio di immediatezza della contestazione integri una violazione procedurale con applicazione della tutela solo indennitaria⁵.

3. La decisione

Il caso sottoposto all'attenzione delle S.U. – che, come si evidenzierà è centrale nel ragionamento della Corte – riguarda un licenziamento intimato ad un dipendente di un istituto di credito, preposto alla "linea family", e, dunque, con compiti di responsabilità, a cui è stata contestata la negoziazione di n. 37 assegni bancari per un rilevante importo in violazione della relativa normativa tale che la sua condotta aveva consentito, a clienti e non della filiale della banca, di incassare, in contanti, il retratto di numerosi titoli tratti su banche corrispondenti, spesso fuori piazza.

Il Tribunale – in applicazione del nuovo rito introdotto dalla legge 28 giugno 2012 n. 92 che contempla una prima fase sommaria ed una successiva fase di opposizione – accolse la domanda, in fase sommaria, accertando l'illegittimità del licenziamento per tardività della contestazione ed ordinando alla banca la reintegra nel posto di lavoro, mentre il giudice dell'opposizione, pur confermando l'illegittimità del licenziamento, riformò la decisione, dichiarando risolto il rapporto con condanna al pagamento dell'indennità di cui al comma 5, giudicando il caso come rientrante nella previsione della "violazione procedurale" di cui al comma 6 dell'art. 18.

La Corte di Appello, invece, in accoglimento parziale del reclamo, confermava l'iter argomentativo di primo grado sia con riferimento alla sussistenza e gra-

vità dei fatti contestati, sia in relazione alla notevole tardività con cui la Banca aveva proceduto alla contestazione, escludeva, tuttavia, che, nel caso di specie, si fosse in presenza di un'ipotesi di "vizi procedurali", ritenendo, invece, che la tardività dell'addebito unitamente alla circostanza dell'attribuzione al dipendente di compiti di fiducia e responsabilità, integrasse un "fatto negoziale" di natura abdicativa che precludeva alla datrice di lavoro l'esercizio del potere di recesso. Dunque, ravvisava la nullità dell'atto di recesso ed applicava la tutela reintegratoria.

A fronte di un contrasto giurisprudenziale così marcato, le S.U., nella pronuncia in commento, hanno assunto una posizione netta e condivisibile, analizzando gli ambiti applicativi dei regimi di tutela delineati dal nuovo art. 18 St. Lav, definendone i confini al fine di pervenire all'individuazione della tutela applicabile.

Innanzitutto, hanno escluso che all'ipotesi in esame in cui la contestazione è intervenuta con notevole e non giustificato ritardo possa trovare applicazione la tutela reintegratoria piena di cui al comma 1 dell'art. 18 rilevando che si è in presenza di "specifiche ipotesi di nullità ed inefficacia espressamente prefigurate" dalla disposizione, dunque, un numero chiuso.

Inoltre, hanno chiarito che il rilevante ritardo nella contestazione disciplinare rispetto a fatti già accertati non può integrare una causa di nullità o inefficacia del licenziamento, sia perché non tipizzata, sia perché si è in presenza di una forma di inadempimento datoriale ai doveri di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori che attiene alla fase successiva ed attuativa della comunicazione del licenziamento, dunque, di un vizio funzionale e non genetico della fattispecie sanzionatoria.

Parimenti, hanno escluso l'applicabilità della tutela reintegratoria attenuata di cui al comma 4 dell'art. 18 rimarcando che le ipotesi rientranti nella previsione normativa sono accumulati dall'"insussistenza" anche "manifesta" del fatto o dalla sua ascrivibilità alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, mentre, nel caso in esame, l'addebito era stato accertato prima della contestazione, e, dunque, la sussistenza del fatto non era in discussione⁶.

Dunque, la Corte, chiarita l'esclusione, nella specie, di ogni ipotesi di tutela reintegratoria, e nell'intento di individuare la tutela indennitaria applicabile, affronta la questione della "valenza" del principio di tempestività.

La Corte, innanzitutto, ribadisce che l'immediatezza della contestazione è sancita dall'art. 7, comma 2 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e la violazione dell'iter procedurale ivi prescritto è sanzionata dal com-

⁴ Cass., 31.01.2017, n. 2513.

⁵ Cass., 18.09.2015, n. 19674 sulla struttura del rito delineato dalla cd legge fornero.

⁶ Cass., 2.05.2018, n. 10435; Cass., 5.12.2017, n. 29062; Cass., 26.05.2017, n. 13383; Cass., 25.05.2017, n. 13178; Cass., 08.07.2016, n.14021; Cass., 13.10.2015, n. 20540 sulla portata applicativa della sussistenza del fatto.

ma 6 dell'art. 18 con il riconoscimento in favore del lavoratore della corresponsione di un'indennità tra sei e dodici mensilità.

Tuttavia, la Corte evidenzia che non ogni violazione del richiamato principio rientra nell'ambito di applicazione del comma 6 atteso che lo stesso è posto, oltre che a presidio del rispetto di regole di natura procedimentale, anche a garanzia del diritto del lavoratore ad una difesa effettiva, che si traduce anche nella possibilità di allestire il materiale difensivo in un arco temporale prossimo ai fatti, nonché, nel caso di ritardo della contestazione, tutela il legittimo affidamento del lavoratore in ordine al carattere facoltativo dell'esercizio del potere disciplinare.

Dunque, la Corte giunge ad affermare che occorre operare un distinguo tra la violazione della procedura dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori – che ai fini sanzionatori, va intesa come violazione dell'iter procedimentale previsto per l'irrogazione del licenziamento in tutte le sue fasi ed a cui si applica il regime del comma 6 – e la violazione del principio della tempestività della contestazione nell'ipotesi di ritardo notevole e non giustificato – cui riconosce carattere “generale” e “sostanziale” – che determina, invece, un'affievolimento delle garanzie per il lavoratore.

Invero, osservano i giudici di legittimità, ciò che viene in rilievo nel licenziamento è l'inadempimento del lavoratore, e, dunque, la mancata o inesatta esecuzione della prestazione cui il datore di lavoro ha interesse.

Tuttavia, il datore di lavoro è tenuto all'osservanza dei principi di buona fede e correttezza, che presidono l'attuazione del rapporto, tale che, ove ritardi notevolmente e senza giustificazione la formulazione dell'addebito al lavoratore, ciò non configura una violazione dell'art. 7 St. Lav., bensì la questione verte sull'interpretazione della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro alla luce del canone della buona fede.

Osservano, infatti, che l'obbligazione del lavoratore ha lo scopo di soddisfare l'interesse del creditore della prestazione, e, dunque, la mancata adozione del provvedimento da parte del datore, nell'esercizio del potere disciplinare, può essere considerata quale dichiarazione implicita, per *facta concludentia*, dell'insussistenza, in concreto, della lesione del suo interesse, anche considerando che la successiva e tardiva contestazione disciplinare, dovendo ciascun contraente restare vincolato agli effetti del significato socialmente attribuibile alle proprie dichiarazioni e ai propri comportamenti, assume il valore del “*venire contra factum proprium*” divieto espressione del principio generale di correttezza ex art. 1375 c.c.⁷

Quanto alla tutela applicabile, gli Ermellini chiariscono che il ritardo notevole ed ingiustificato della contestazione disciplinare è sanzionabile alla stregua

del comma 5 dell'art.18 St. Lav., tutela indennitaria forte, dovendosi riconoscere alle “altre ipotesi”, che ne circoscrivono l'ambito applicativo, valenza di carattere generale.

Ebbene, emerge con chiarezza che il contrasto giurisprudenziale, composto dall'intervento delle Sezioni Unite, trova il proprio fondamento in una disposizione normativa – l'art. 18 St. Lav. come novellato – che, nell'intento di delimitare l'ambito applicativo della tutela reintegratoria in favore di quella indennitaria, disegna un regime differenziato per singole ipotesi.

Le difficoltà per il l'interprete di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta sono evidenti, e, di sicuro, non risolte dalla pronuncia in commento.

Merita di essere sottolineato il punto della decisione in cui la Corte chiarisce la valenza di carattere generale della tutela indennitaria forte (comma 5) che orienterà la giurisprudenza di merito nelle future decisioni del caso concreto.

⁷ Cass., 20.11.2017, n. 27500; Cass., 19.04.2007, n. 9341; Cass., 07.03.2007, n. 5273.

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

Adozione – adozione in genere

Va esclusa la reclamabilità del provvedimento di apertura del procedimento di adottabilità per la sua natura meramente procedimentale che si coniuga con la formazione del contraddittorio dei soggetti legittimati a partecipare al procedimento. Per quanto riguarda i provvedimenti temporanei nell'interesse del minore emessi ai sensi dell'art. 10 legge 184/1983 nel corso del procedimento di adozione e fino all'affidamento preadottivo, deve rilevarsi che essi sono privi di carattere decisorio ed integrano atti di volontaria giurisdizione intesi ad assolvere una funzione meramente cautelare e provvisoria, essendo destinati a perdere efficacia alla conclusione del procedimento ed essendo in ogni caso sempre revocabili e modificabili, oltre che reclamabili, nel corso del procedimento.

Cass., Sez. VI - 1, Ord., 29/03/2019, n. 8805 - Pres. Di Virgilio, Est. Bisogni

Borsa – regolamento emittenti della consob – art. 34–decies – tassatività dell'elenco dei destinatari delle relative prescrizioni – esclusione – soggetti indirettamente coinvolti – estensione agli stessi della responsabilità in caso di incoerenza delle informazioni diffuse – conseguenze.

Gli obblighi posti dall'articolo 34 decies del Regolamento Emittenti della CONSOB a carico dell'offerente, dell'emittente e del responsabile del collocamento che procedano, prima della pubblicazione del prospetto informativo, alla diffusione di notizie, allo svolgimento di indagini di mercato e alla raccolta di intenzioni di acquisto attinenti all'offerta al pubblico gravano non solo sui detti soggetti, ma anche su tutti coloro di cui si servano per compiere tali attività. Pertanto, chiunque diffonda notizie su un prodotto finanziario offerto al pubblico prima che sia reso noto il menzionato prospetto, pur se operi alle dipendenze non del responsabile del collocamento, ma di soggetto del quale lo stesso responsabile si avvalga per diffondere indirettamente le notizie in questione, risponde dell'illecito amministrativo previsto dall'articolo 191, comma 2, TUF, nel caso di incoerenza delle informazioni da lui diffuse con quelle contenute nell'emanando prospetto.

Cass., Sez. II, 21/03/2019, n. 8047 - Pres. Petitti, Est. Cosentino

Contratti – nullità ex art. 46 del d.p.r. n. 380 del 2001 e artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 – natura – nullità testuale – conseguenze – dichiarazione urbanistica dell'alienante – esistenza nell'atto – necessità – difformità della costruzione rispetto al titolo menzionato – irrilevanza ai fini della validità dell'atto.

Le Sezioni Unite, a risoluzione di contrasto, hanno affermato che la nullità comminata dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dagli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità "testuale", con tale espressione dovendosi intendere, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve essere riferibile, proprio, a quell'immobile. In presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile il contratto è valido a prescindere al profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato.

Cass., Sez. un, 22/03/2019, n. 8230 - Pres. Mammone, Est. Sambito

Deposito di copia analogica della decisione impugnata predisposta in originale telematico e notificata a mezzo pec – omessa attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, della l. n. 53 del 1994 – conseguenze – improcedibilità del ricorso – limiti.

Le Sezioni Unite, su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata predisposta in originale telematico e notificata a mezzo PEC, senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter, della l. n. 53 del 1994 o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificatogli ex art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 82 del 2005. Viceversa, nell'ipotesi in cui l'unico destinatario della notificazione del ricorso rimanga solo intimato (oppure tali rimangono alcuni o anche uno solo tra i molteplici destinatari della notifica del ricorso) ovvero disconosca la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità sarà onere del ricorrente depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio. I medesimi principi si applicano all'ipotesi di tempestivo deposito di copia della relata della notificazione telematica della decisione impugnata (e del corrispondente messaggio PEC con annesso ricevute) senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter della l. n. 53 del 1994, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa.

Cass. Sez. un, 25/03/2019 n. 8312 - Pres. Mammone, Est. Tria

Deposito di copia analogica della decisione redatta in formato elettronico e firmata digitalmente - omessa attestazione di conformità del difensore ex art. 16-bis, comma 9-bis, d.l. n. 179 del 2012, convertito dalla l. n. 221 del 2012 - conseguenze - improcedibilità del ricorso - limiti.

Le Sezioni Unite, su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata redatta in formato elettronico e firmata digitalmente (e necessariamente inserita nel fascicolo informatico) senza attestazione di conformità del difensore ex art. 16-bis, comma 9-bis, d.l. n. 179 del 2012, convertito dalla l. n. 221 del 2012, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale della medesima decisione. Mentre se alcune o tutte le parti rimangano intimato o comunque disconoscano la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità sarà onere del ricorrente depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica della decisione impugnata sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio.

Cass. Sez. un, 25/03/2019 n. 8312 - Pres. Mammone, Est. Tria

Diritto d'autore - responsabilità dell'hosting provider - art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003 - condizioni - possibilità di identificare il video diffuso in violazione dell'altrui diritto - compito del giudice di merito.

Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità dell'hosting provider, prevista dall'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore di servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonchè se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure aliunde; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere. Resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, sotto il profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, od, invece, sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo "url", alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti.

Cass., Sez. I, 19/03/2019 n. 7708 - Pres. Genovese, Est. Nazzicone

Diritto d'autore - servizi della società dell'informazione - prestatore di servizi - responsabilità del c.d. caching - art. 15 d.lgs. n. 70 del 2003 - omessa rimozione dei contenuti illeciti a seguito dell'ordine proveniente dall'autorità amministrativa o giurisdizionale - sussiste.

Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità del c.d. caching, prevista dall'art. 15 d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, pur essendogli ciò stato intimato dall'ordine proveniente da un'autorità amministrativa o giurisdizionale.

Cass., Sez. I, 19/03/2019 n. 7709 - Pres. Genovese, Est. Nazzicone

Esecuzione forzata – titolo giudiziario notificato al debitore – mancata apposizione della formula esecutiva – conseguenze – opposizione agli atti esecutivi – sanatoria del vizio per raggiungimento dello scopo – condizioni.

L'omessa spedizione in forma esecutiva della copia del titolo esecutivo rilasciata al creditore e da questi notificata al debitore determina una irregolarità formale del titolo medesimo, che deve essere denunciata nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, comma 1, c.p.c., senza che la proposizione dell'opposizione determini l'automatica sanatoria del vizio per raggiungimento dello scopo, ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c.; tuttavia, in base ai principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, il debitore opponente non può limitarsi, a pena di inammissibilità dell'opposizione, a dedurre l'irregolarità formale in sé considerata, senza indicare quale concreto pregiudizio ai diritti tutelati dal regolare svolgimento del processo esecutivo essa abbia cagionato.

Cass., Sez. III, 12/02/2019, n. 3967 - Pres. Vivaldi, Est. D'Arrigo

Fallimento – opposizione a dichiarazione di fallimento in genere.

Nelle impugnazioni della sentenza dichiarativa di fallimento, relativamente ai procedimenti in cui trova applicazione la riforma di cui al D.lgs. n. 169 del 2007, che ha modificato l'art. 18 del r.d. n. 267 del 1942, ridenominando tale mezzo come "reclamo" in luogo del precedente "appello", non si applicano i limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ.; ne consegue che il debitore, benché non costituito avanti al tribunale, può indicare anche per la prima volta, in sede di reclamo, i mezzi di prova di cui intende avvalersi, al fine di dimostrare la sussistenza dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, comma 2, del predetto r.d. n. 267 del 1942.

Cass., Sez. VI, Ord., 19/02/2019, n. 4893 - Pres. Genovese, Est. Nazzicone

Hosting provider attivo – definizione – condotta attiva concorrente nella commissione dell'illecito – necessità – conseguenza – esclusione del regime di esenzione da responsabilità di cui all'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003.

L'hosting provider attivo è il prestatore dei servizi della società di informazione il quale svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all'articolo 16 d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni.

Cass., Sez. VI, 19/03/2019, n. 7708 - Pres. Genovese, Est. Nazzicone

Impugnazioni Civili – domande ed eccezioni rimaste assorbite in primo grado – riproposizione in appello – modalità e termini.

Le Sezioni Unite, su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che, nel processo ordinario di cognizione risultante dalla novella di cui alla l. n. 353 del 1990 e succ. modif., le parti del processo di impugnazione – che costituisce pur sempre una revisio prioris instantiae – nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale; art. 343 c.p.c.), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza, trattandosi di fatti rientranti già nel thema probandum e nel thema decidendum del giudizio di primo grado.

Cass., Sez. un., 21/03/2019, n. 7940 - Pres. Petitti, Est. Falaschi

Lavoro rapporto di lavoro – licenziamento – impugnazione.

In ipotesi di domanda proposta dal lavoratore che deduca la nullità del licenziamento per il suo carattere ritorsivo, la verifica di fatti allegati dal lavoratore richiede il previo accertamento della insussistenza della causale posta a fondamento del recesso, che risulti solo allegata dal datore, ma non provata in giudizio, poiché la nullità per motivo illecito ex art. 1345 cod. civ., richiede che questo abbia carattere determinante e che il motivo addotto a sostegno del licenziamento sia solo formale e apparente.

Cass., Sez. lavoro, 04/04/2019, n. 9468 - Pres. Di Cerbo, Est. Blasutto

Successioni – cancellazione del testamento – art. 684 c.c. – qualificazione della condotta – comportamento concludente – effetto – revoca tacita – conseguenze – applicabilità dell'art. 683 c.c. – esclusione – applicabilità dell'art. 681 c.c. – configurabilità.

La cancellazione del testamento disciplinata dall'art. 684 c.c. si configura, al pari della distruzione, come un comportamento concludente avente valore legale, riconducibile in via presuntiva al testatore quale negozio di attuazione, che deve essere giuridicamente qualificato, alla luce del citato art. 684 c.c., quale revoca tacita del detto testamento. Ne consegue che, qualora ad essere cancellato sia un testamento successivo contenente la revoca di quello precedente,

non trova applicazione l'articolo 683 c.c., per il quale, nelle ipotesi dallo stesso indicate, la revocazione fatta con un testamento posteriore conserva la sua efficacia anche quando questo resta senza effetto, ma l'art. 681 c.c. che disciplina il diverso caso della revocazione della revocazione stabilendo che, in tale eventualità, le disposizioni revocate rivivono.

Cass., Sez. II, 21/03/2019, n. 8031 - Pres. Manna, Est. Sabato

Tributi – accertamento tributario – garanzie per il contribuente – art. 12 l. n. 212 del 2000 (cd. statuto del contribuente) – ambito di applicazione – verifiche eseguite da organi di controllo – in genere – applicabilità alle società concessionarie degli enti locali – sussistenza.

In tema di diritti del contribuente sottoposto ad accertamenti fiscali, la Sezione tributaria ha affermato che le garanzie relative alla “permanenza degli operatori civili o militari dell'amministrazione finanziaria” presso attività commerciali o professionali previste dall'art. 12, comma 7, dello Statuto del contribuente riguardano le verifiche eseguite (non solo dalla Guardia di Finanza ma) da “organi di controllo” in genere, compresi gli enti locali, valendo, per identità di ratio, anche per le società a cui gli enti impositori affidino, in concessione, compiti di accertamento e riscossione delle imposte, ivi inclusi gli adempimenti strumentali di rilevazione di dati necessari alla determinazione della base imponibile.

Cass., Sez. V, 28/03/2019, n. 8654 - Pres. Stalla, Est. Mondini

Tributi – ritenuta d'acconto – omesso versamento – solidarietà del sostituito con il sostituto nei confronti del fisco – sussistenza – esclusione – fondamento.

Le Sezioni Unite, a risoluzione di contrasto, pronunciando ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c., hanno affermato che nel caso in cui il sostituto ometta di versare le somme, per le quali ha però operato le ritenute d'acconto, il sostituito non è tenuto in solido in sede di riscossione, atteso che la responsabilità solidale prevista dall'art. 35 del d.P.R. n. 602 del 1973 è espressamente condizionata alla circostanza che non siano state effettuate le ritenute.

Cass., Sez. un, 12/04/2019, n. 10378 - Pres. Curzio, Est. Bruschetta

a cura di
Antonio De Simone
Avvocato
Walter Giacomo Caturano
Avvocato

Rassegna di merito

ANATOCISMO POST 2014: non operativa la nuova disciplina in mancanza della delibera CICR

La Corte di Appello di Torino con la sentenza n. 509 del 20.03.2019 nell'ambito di una controversia tra l'Associazione dei Consumatori ed una banca in relazione a tre provvedimenti che avevano deciso in merito alla immediata applicazione della nuova disciplina di cui all'art. 120, co. II, T.U.B., come sostituito dall'art. 1, co. 629, legge n. 147/13, ha stabilito in modo netto che l'entrata in vigore era subordinata necessariamente alla adozione delle delibera CICR 343/16 del 3.08.2016, emessa a seguito della l'art. 17 bis della legge n. 49/2016.

Corte App. Torino, 20.03.2019 - Pres. Silva - Rel. Bonaudi

CAPITALIZZAZIONE INTERESSI PASSIVI IN C/C: vietata solo dal 1 ottobre 2016

La disposizione di cui all'art 120 TUB così come novellato dalla l. 147/2013, non è efficace a partire dal 1° gennaio 2014, in quanto la sua applicabilità è differita all'emanazione della relativa disciplina attuativa da parte del CICR.

Stante il tenore letterale della norma, è chiaro che il legislatore ha introdotto un divieto di anatocismo regolamentato in quanto ha affidato espressamente al competente comitato interministeriale l'adozione di una delibera che disciplina modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, sicché l'iter legislativo non può intendersi completato, se non all'esito dell'emanazione della normativa secondaria riservata ad una successiva delibera del CICR.

Trib. Avellino, 15.01.2019 - dott.ssa Maria Cristina Rizzi

DISCONOSCIMENTO FIRMA: va confermato se prodotto nuovamente l'originale della scrittura

Una volta intervenuto il disconoscimento della conformità all'originale della copia di un documento e della propria sottoscrizione, ove la parte abbia dichiarato formalmente di volersi avvalere della scrittura, producendo l'originale del documento con richiesta di verifica, la parte disconoscente deve prendere posizione sul documento con lo svolgimento della necessaria attività difensiva.

In mancanza, il documento è tacitamente riconosciuto ex art. 215 cpc.

Trib. Roma, 30.03.2019 - dott.ssa Maria Luparelli

FIDEIUSSIONE-ANTITRUST: nulla solo se costituisce una specifica applicazione "a valle" delle intese illecite concluse "a monte"

In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato, a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza.

Presupposto affinché possa configurarsi la nullità del contratto di fideiussione è che i contratti contenenti le clausole in oggetto costituiscano specifica applicazione a valle di quelle intese illecite concluse a monte capaci di ledere la normativa antitrust in materia di concorrenza sleale.

Trib. Trapani, 22.01.2019 - dott.ssa Anna Loredana Ciulla

INTERESSE AD AGIRE: non sussiste in caso di mancata applicazione degli interessi moratori

Ai fini di cui all'art. 100 cpc, la parte che agisce in giudizio deve dimostrare, oltre che la propria legittimazione, anche il proprio concreto interesse ad ottenere una statuizione, decisamente carente allorquando sia costituita da una mera utilità astratta, tesa ad ottenere una soluzione di una questione giuridica, senza, tuttavia, potere ottenere dalla stessa riflessi pratici in proprio favore.

È inammissibile un'azione con la quale si ipotizzi la mera violazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, che non spieghi alcuna influenza in relazione alle domande proposte e che sia diretta ad ottenere l'emanazione di una statuizione priva di rilevanza concreta.

Corta App. Milano, 21.03.2019 - Pres. Piombo - Rel. Martinengo Villagana

LIMITE FINANZIABILITÀ – MUTUO FONDIARIO: nullo in caso di violazione ex art. 38 TUB

Il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.U.B. e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario.

Detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, "fondiario", pertanto, lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti, primo fra tutti, ove sia stata avanzata istanza in tal senso da parte della banca.

Trib. Monza, 12.10.2018 - dott.ssa Maria Gabriella Mariconda

MANDATO IRREVOCABILE ALL'INCASSO: è un semplice mandato a riscuotere somme

Il mandato irrevocabile all'incasso, previsto anche nell'interesse del mandatario, è qualificato come semplice mandato a riscuotere somme. Persegue la finalità dell'estinzione dei debiti verso il mandatario, non attraverso il trasferimento della titolarità dei medesimi diritti, realizzata con la loro cessione, ma solamente in maniera indiretta, attraverso il meccanismo di compensazione col debito del mandatario avente ad oggetto il versamento delle somme incassate.

Corte App. Bologna, 31.01.2019 - Pres. Aponte - Rel. Guernelli

MEDIAZIONE – OPPOSIZIONE DECRETO INGIUNTIVO: grava sul debitore l'onere di attivare il procedimento

L'onere di presentare la domanda di mediazione, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo grava sull'opponente, dato che questi è l'unico ad avere interesse ad avviare il procedimento, pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo ex art. 653 c.p.c.

La questione della natura, perentoria o ordinatoria, del termine concesso per avviare la procedura di mediazione non è decisiva. Il termine ordinatorio può essere prorogato dal giudice, prima della scadenza (art. 154 c.p.c.); ma, qualora esso non venga prorogato e non venga rispettato, si producono gli stessi effetti preclusivi del termine perentorio.

Trib. Cosenza, 14.01.2019 - dott. Pasquale Maccarrone

MUTUO IPOTECARIO: la quietanza non attribuisce la qualità di titolo esecutivo, se la "consegna" del denaro è subordinata a condizioni future ed eventuali

Il contratto di mutuo nel quale la "consegna" della somma mutuata sia sottoposta a condizioni future ed eventuali per l'effetto di adempimenti vari a carico del mutuatario, nonostante la quietanza relativa alla erogazione della somma, non ha efficacia di titolo esecutivo.

Trib. Avezzano, 08.02.2019 - dott.ssa Caterina Lauro

ORDINANZA CHE CONCEDE LA PROVVISORIA ESECUZIONE DEL DECRETO INGIUNTIVO OPPOSTO: non è impugnabile per cassazione

L'ordinanza che concede la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto (come espressamente chiarito dall'art. 648 c.p.c.) non è impugnabile e, conformemente all'opinione assolutamente prevalente in dottrina e giurisprudenza, neppure con ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento privo di contenuto decisivo, inidoneo ad interferire sulla definizione della causa, il quale opera in via meramente temporanea, con effetti destinati ad esaurirsi con la sentenza che pronuncia sull'opposizione.

Tale ordinanza non è neppure modificabile o revocabile, tenuto conto del disposto di cui all'art. 177, 3° comma, n. 2, c.p.c. e che i suoi effetti sono destinati ad esaurirsi con la Sentenza che pronuncia sull'opposizione e con la quale il giudice può provvedere alla revoca o meno dello stesso.

Trib. Torino, 28.10.2018 - dott. Edoardo Di Capua

PEGNO ROTATIVO: opponibile ai terzi dal momento della registrazione del vincolo

Ai fini dell'opponibilità del vincolo ai terzi, ciò che rileva è unicamente il momento in cui il vincolo di garanzia è stato costituito, vale a dire il momento della registrazione, poiché effettuata la registrazione, il titolare del conto ha la legittimazione piena ed esclusiva all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari in esso registrati, secondo la disciplina propria di ciascuno di essi. L'opponibilità del pegno si estende alla clausola di rotatività.

Il patto di rotatività non ha carattere novativo ed è idoneo a salvaguardare la continuità del rapporto facendo "risalire alla consegna dei beni originariamente costituiti in garanzia gli effetti della loro surrogazione"; in tal senso, la consegna del bene sostitutivo, con il conseguente effetto traslativo del diritto reale su di esso, può essere riguardata come elemento di una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine dal rapporto stipulato tra le parti con il patto di rotatività.

Trib. Brescia, 01.04.2019 - dott.ssa Vincenza Agnese

RIQUALIFICAZIONE CONTO CORRENTE IN MUTUO: impossibile se non risulta dalle condizioni contrattuali

Non può procedersi alla riqualificazione del finanziamento ove non vi sia un regolamento contrattuale tale da snaturare l'operazione contrattuale connotandone il dato sostanziale in senso diverso dalla qualificazione formale suggerita dal nomen juris adoperato.

Nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebitato è tenuto alla prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida "causa debendi" essendo, altresì, onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto; in conseguenza, non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione.

Trib. Parma, 22.03.2019 - dott. Marco Vittoria

SIMULAZIONE COMPRAVENDITA: esclusa se il ricavato è stato usato da venditori per estinguere un pregresso mutuo

Il fatto che, contemporaneamente alla data cui risale l'atto di compravendita, i compratori hanno concluso un contratto di mutuo con la banca, e che parte delle somme siano state versate per la estinzione dello stesso dagli originari venditori, porta ad escludere che la vendita sia stata meramente simulata.

Mancando la prova di una pregressa conoscenza tra le parti e sebbene la vendita abbia riguardato l'unico bene immobile appartenente ai debitori, occorrendo effettuare la verifica circa la consapevolezza da parte degli acquirenti e della banca della idoneità dell'atto a nuocere agli interessi del creditore, trattandosi appunto di atto a titolo oneroso, deve escludersi che gli acquirenti potessero ipotizzare la possibilità che la vendita potesse frustrare le aspettative della creditrice.

Trib. Napoli, 05.02.2019 - dott.ssa Maria Rosaria Spina

TRATTAMENTO DATI PERSONALI: la buona fede non sana le irregolarità del responsabile

Per integrare l'elemento soggettivo dell'illecito è sufficiente la semplice colpa, mentre l'errore sulla liceità della condotta, collegato alla buona fede, può rilevare in termini di esclusione della responsabilità amministrativa solo quando esso risulti inevitabile. A tal fine, è necessario provare la sussistenza di un elemento positivo, estraneo all'autore dell'infrazione, idoneo ad ingenerare in lui la convinzione della liceità del comportamento posto in essere e dell'aver fatto tutto il possibile per osservare la legge, così che l'errore non sia suscettibile di essere impedito dall'interessato con l'ordinaria diligenza.

Trib. Milano, 10.10.2018 - dott.ssa Laura Massari

USURA – INTERESSI MORATORI: sono una controprestazione-corrispettivo di un inadempimento

Gli interessi moratori sono controprestazione, "corrispettivo" (più precisamente sanzione) non della concessione del credito, ma di un inadempimento (ad esempio mancato tempestivo pagamento della rata del finanziamento). Ne consegue che gli interessi moratori non possono essere confrontati con un parametro di usurarietà ricavato dal costo medio della concessione del credito nelle medesime tipologie di contratto, ma devono essere confrontati con un parametro di usurarietà ricavato dalla controprestazione media degli inadempimenti del finanziato nelle medesime tipologie di contratto.

Trib. Lanciano, 04.02.2019 - dott.ssa Marina Valente

USURA – PENALE ESTINZIONE ANTICIPATA: non va considerata ai fini del superamento del tasso soglia

Il tasso soglia non comprende alcuna voce di costo relativa all'estinzione anticipata, essendo la penale di estinzione anticipata una spesa di natura straordinaria eventuale.

Il tasso di mora deve essere calcolato secondo i criteri dettati dai decreti ministeriali trimestrali con la maggiorazione pari a 2,1 punti percentuali.

Trib. Parma, 20.03.2019 - dott.ssa Antonella Ioffredi

Diritto e procedura penale

IL TRASFERIMENTO DEI PROCEDIMENTI PENALI ALL'ESTERO NEL QUADRO DEI RAPPORTI GIUDIZIARI INTERNAZIONALI. NOTE IN CALCE AL D.LGS. 3 OTTOBRE 2017, N. 149, RECANTE DISPOSIZIONI DI MODIFICA DEL LIBRO XI DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE IN MATERIA DI RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE	260
di Sergio Ricchitelli	
IL NUOVO TRATTAMENTO SANZIONATORIO PER I REATI IN MATERIA DI STUPEFACENTI. <i>DISEGNO DI LEGGE N. 1128</i>	267
di Simona Aduasio	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	271
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	275
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	278
a cura di Giuseppina Marotta	



Il trasferimento dei procedimenti penali all'estero nel quadro dei rapporti giudiziari internazionali. Note in calce al d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante disposizioni di modifica del libro XI del codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera

abstract

The present notes briefly investigate the most relevant news contained in the legislative novella of 2017 amending the book XI of the Code of Criminal Procedure on Jurisdictional Relations with Foreign Authorities. For the first time, the possibility of transferring a criminal proceeding abroad without having to pursue it on the national territory is legally contemplated. This is a further vulnus to the principle of territorial sovereignty.

keywords

Criminal proceedings – Connection criteria abroad – Transfer – Archiving.

abstract

Le presenti note indagano, brevemente, la più rilevante novità contenuta nella novella legislativa del 2017 di modifica al libro XI del codice di procedura penale sui rapporti giurisdizionali con autorità straniera. Per la prima volta viene contemplata normativamente la possibilità di trasferire all'estero un procedimento penale rinunciando a perseguirlo sul territorio nazionale. Si tratta d'un ulteriore vulnus al principio di sovranità territoriale.

parole chiave

Procedimento penale – Criteri di collegamento all'estero – Trasferimento – Archiviazione.

sommario

1. Il quadro di riferimento generale offerto dalla novella legislativa. – **2.** Le linee guida del riformato libro XI del cpp. – **3.** Il trasferimento dei procedimenti penali.

1. Il quadro di riferimento generale offerto dalla novella legislativa

Il d.lgs. n.149, del 3 ottobre 2017, dà attuazione all'articolo 4 della legge 21 luglio 2016, n. 149, che ha delegato il Governo a riformare il libro XI del codice di procedura penale, dedicato ai «Rapporti giurisdizionali con autorità straniera».

La delega per la riforma del libro XI del codice di

rito penale prevede numerosi principi e criteri direttivi specifici, in ossequio a quanto stabilito dall'articolo 76 della Costituzione Repubblicana¹.

I criteri direttivi prefigurati dalla legge delega su citata, constano essere relativi, tra l'altro, alle aree tematiche di maggior pregnanza per il sistema delle relazioni internazionali in materia penale. Esse possono ricapitolarsi e compendiarsi come segue:

- a) differenziazione delle fonti in materia di cooperazione giudiziaria penale in relazione all'appartenenza o meno del Paese all'Unione europea e poteri del Ministro della giustizia;
- b) trasmissione ed esecuzione delle richieste di assistenza non più alla corte d'appello ma al procuratore della Repubblica distrettuale;
- c) risoluzione dei conflitti quando gli atti da compiere investano le competenze di distretti giudiziari diversi;
- d) mutuo riconoscimento di sentenze ed altre decisioni giudiziarie;
- e) estradizione attiva e passiva, impiego della videoconferenza;
- f) squadre investigative comuni;
- g) trasferimento temporaneo di persone detenute a fini investigativi;
- h) riconoscimento di sentenze penali straniere e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie nei rapporti con Stati membri UE;
- i) trasferimento dei procedimenti giurisdizionali.

Proprio dell'aspetto – trasfigurato in istituto giuridico – da ultimo indicato, ci occupiamo brevemente in questa sede.

Gli istituti a cui si è fatto riferimento sono gli istituti compendianti quella branca del diritto internazionale penale denominata, da chi scrive, Diritto Internazionale Penale processuale (o strumentale). In effetti, la riforma attuata con la novella legislativa in discorso, proprio su tale branca del sistema ha inciso.

¹ Art. 76 Cost. L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato (80) al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

Lungi dal volersi in questa sede occupare dell'intera materia – invero assai complessa ed articolata – si rassegnano i passi salienti afferenti all'istituto più peculiare della riforma.

Si rivela, peraltro, prioritariamente utile, tracciare un percorso illustrativo di carattere generale sull'attuale assetto del libro XI del codice di rito penale oggi vigente in Italia.

2. Le linee guida del riformato libro XI del c.p.p.

La riforma del Libro XI, oltre che per adeguare l'apparato normativo di assistenza giudiziaria a fronte di una criminalità organizzata sempre più transnazionale, costituisce una priorità anche in relazione alle significative modifiche alla disciplina dell'assistenza giudiziaria penale introdotte a livello di Unione europea, essenzialmente finalizzate all'acquisizione probatoria.

L'intervento intende sia rafforzare la cooperazione giudiziaria penale all'interno dell'Unione sia regolare i rapporti con le autorità giudiziarie dei Paesi extra UE con i quali sono in vigore plurime convenzioni e accordi internazionali; i rapporti con tali Paesi andranno, infatti, regolamentati in maniera diversa rispetto a quelli con i Paesi membri dell'Unione europea.

In base allo schema di decreto, la cooperazione giudiziaria nell'Unione dovrà avvenire:

- sia sulla base dell'attuale sistema rogatorio (assistenza giudiziaria)
- sia su quella del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti tra Stati membri.

L'ambito di applicazione della normativa in esame, come precisato precipuamente dall'art.1 d.lgs. 149/2017² fa riferimento alle seguenti materie:

- estradizione,
- assistenza giudiziaria internazionale,
- effetti delle sentenze penali straniere,
- esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e
- altri rapporti con le autorità straniere in materia di assistenza penale.

La disposizione riprende sostanzialmente il contenuto del vigente art. 696 c.p.p.³ (che apre il libro XI

² D.lgs. n. 149/2017, Art. 1. Disposizioni di principio e ambito di applicazione. 1. Il presente decreto disciplina le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale.

³ C.p.p. art. 696. Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale. 1. Nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi. Se tali norme mancano o

del c.p.p.) dedicato ai differenti aspetti della cooperazione giudiziaria penale⁴.

3. Il trasferimento dei procedimenti penali

A) I principi generali

Di nuova introduzione nel sistema dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere, consta essere il titolo IV-bis inserito nel libro XI del codice di procedura penale.

Esso si compone di tre articoli – 746-bis, 746-ter, 746-quater – che, ipostatizzati nell'indicato titolo, chiudono, oggi, il libro XI del codice e, perciò, l'intero codice di procedura penale.

Volendo in rapida sintesi commentare tale assoluta novità per il nostro sistema ordinamentale, va, in primo luogo, evidenziato che trattasi di un vero e proprio *vulnus* al principio di sovranità territoriale; proprio nella materia penale che più d'ogni altra aveva resistito agli attacchi sferrati dalla "globalizzazione giuridica" fin dall'inizio del secolo.

Quanto avvenuto va salutato sicuramente con favore; l'unificazione internazionale del diritto è e resta una meta ambita da tutti gli studiosi del settore.

Ma vi sono anche ricadute di carattere più pratico e d'immediata percepibilità operativa.

La possibilità del reciproco trasferimento dei procedimenti penali tra Stati membri della UE mira a risolvere eventuali conflitti di giurisdizione e pervenire ad una soluzione concordata tra gli Stati. Tale materia

non dispongono diversamente, si applicano le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale. 2. Nei rapporti con Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale. 3. Se le norme indicate ai commi 1 e 2 mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme del presente libro. 4. Il Ministro della giustizia può, in ogni caso, non dare corso alle domande di cooperazione giudiziaria quando lo Stato richiedente non dia idonee garanzie di reciprocità. L'articolo è stato modificato dall'art. 9, L. 5 ottobre 2001, n. 367 e, successivamente, così sostituito dall'art. 2, comma 1, d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, a decorrere dal 31 ottobre 2017. Il testo in vigore prima della sostituzione disposta dal citato d.lgs. n. 149/2017 era il seguente: «696. Prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale. 1. Le estradizioni, le rogatorie internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale. 2. Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme che seguono.».

⁴ Sul tema, ci sia permesso di rinviare alle nostre lezioni universitarie per l'Università Telematica Pegaso dello scorso anno accademico e prontamente aggiornate all'intervenuta novella legislativa

non è attualmente disciplinata dal codice di procedura penale.

Viene quindi adeguata – in attuazione del comma 1, lett. g) della delega – la disciplina del codice di rito con l’inserimento nel libro XI di un nuovo Titolo IV-bis composto da tre nuove disposizioni:

- 1) la prima detta disposizioni generali che prevedono, anzitutto, come limite temporale del trasferimento del procedimento all’estero sia della sua riassunzione in Italia, l’esercizio dell’azione penale; sono poi individuati criteri predeterminati volti all’individuazione del Paese competente, in relazione soprattutto ai suoi più stretti legami con il fatto reato o con le fonti di prova (art. 746-bis cpp)⁵;
- 2) la seconda disposizione disciplina la procedura attiva ovvero l’assunzione in Italia di procedimenti penali aperti all’estero (art. 746-ter c.p.p.)⁶;

⁵ C.p.p. art. 746-bis. Disposizioni generali. 1. Salve le disposizioni speciali in materia di conflitti di giurisdizione con le autorità giudiziarie degli Stati membri dell’Unione europea, possono essere disposti, quando previsto dalle convenzioni internazionali, sia il trasferimento del procedimento penale in favore dell’autorità giudiziaria di altro Stato perché essa proceda che l’assunzione, nello Stato, del procedimento penale pendente davanti all’autorità giudiziaria di Stato estero. 2. Il trasferimento del procedimento penale o la sua assunzione sono disposti fino a quando non sia esercitata l’azione penale. 3. Il trasferimento è disposto in favore dell’autorità giudiziaria di altro Stato che presenti più stretti legami territoriali con il fatto per il quale si procede o con le fonti di prova. Ai fini della decisione si tiene conto dei seguenti criteri: a) luogo in cui è avvenuta la maggior parte dell’azione, dell’omissione o dell’evento; b) luogo in cui si è verificata la maggior parte delle conseguenze dannose; c) luogo in cui si trovano il maggior numero di persone offese, di testimoni o delle fonti di prova; d) impossibilità di procedere ad estradizione dell’indagato che ha trovato rifugio nello Stato richiesto; e) luogo in cui risiede, dimora, è domiciliato ovvero si trova l’indagato. (Articolo inserito dall’art. 10, comma 1, lett. a), d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, che ha inserito il Titolo IV-bis, «Trasferimento dei procedimenti penali» a decorrere dal 31 ottobre 2017).

⁶ C.p.p. art. 746-ter. Assunzione di procedimenti penali dall’estero. 1. Il Ministro della giustizia, ricevuta richiesta di assunzione nello Stato di un procedimento penale, la trasmette all’ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente. 2. Nel caso in cui le convenzioni internazionali prevedono il rapporto diretto tra autorità giudiziarie, il pubblico ministero dà tempestiva comunicazione al Ministro della giustizia del provvedimento di assunzione, reso all’esito delle consultazioni con l’autorità giudiziaria dello Stato estero. 3. La decisione di assunzione del procedimento è notificata alla persona offesa con l’avviso della facoltà di proporre querela, se questa è richiesta soltanto dall’ordinamento dello Stato. Il termine per la presentazione della querela decorre dalla notificazione dell’avviso. 4. La querela presentata nello Stato estero conserva efficacia nell’ordinamento interno. 5. Nel caso di misure cautelari disposte nel procedimento assunto in Italia, si applica l’articolo 27, ma il termine per l’adozione dei relativi provvedimenti è di trenta giorni dalla ricezione degli atti. 6. Il periodo di custodia cautelare sofferto all’estero è computato ai sensi e per gli effetti degli articoli 303, comma 4, 304 e 657. Si applica il comma 2 dell’articolo 303. 7. Gli atti di acquisizione probatoria compiuti all’estero conservano la loro efficacia e sono utilizzabili secondo la legge italiana, sempre che non contrastino con i principi fondamentali dell’ordinamento.

in tale procedura sarà possibile, ove previsto da convenzioni internazionali, il rapporto diretto tra autorità giudiziarie, con obbligo per il pubblico ministero di dare tempestiva comunicazione al Ministro della giustizia; in realtà, anche ove la richiesta di assunzione debba essere ricevuta dal Ministro, il ruolo di quest’ultimo si limita qui alla semplice trasmissione all’ufficio del PM presso il giudice competente e all’obbligo di informare lo Stato estero delle decisioni assunte dal giudice italiano; è prevista l’ipotesi di ripristino delle misure cautelari eventualmente emesse all’estero e l’efficacia probatoria degli atti ivi assunti; la decisione di assunzione del procedimento è notificata alla persona offesa con l’avviso della facoltà di proporre querela, se questa è richiesta soltanto dall’ordinamento dello Stato;

- 3) la terza disposizione introdotta dal Titolo IV-bis detta la disciplina della procedura passiva cioè il trasferimento all’estero di un procedimento penale aperto nel nostro Paese (art. 746-quater c.p.p.)⁷,

8. Il Ministro della giustizia informa tempestivamente lo Stato estero delle decisioni assunte dalle autorità giudiziarie italiane. (Articolo inserito dall’art. 10, comma 1, lett. a), d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, che ha inserito il Titolo IV-bis, a decorrere dal 31 ottobre 2017)

⁷ C.p.p. art. 746-quater. Trasferimento di procedimenti penali all’estero. 1. Quando il pubblico ministero ha notizia della pendenza di un procedimento penale all’estero, per gli stessi fatti per i quali si è proceduto all’iscrizione a norma dell’articolo 335, adotta le proprie determinazioni in relazione al trasferimento del procedimento, dopo essersi consultato con la competente autorità straniera. 2. La decisione sul trasferimento del procedimento all’estero è comunicata al Ministro della giustizia che, nel termine di trenta giorni dalla ricezione degli atti, può vietarne l’esecuzione quando sono compromessi la sicurezza, la sovranità o altri interessi essenziali dello Stato, nonché nei casi previsti dal comma 4. Della decisione del Ministro è data comunicazione al pubblico ministero. 3. Quando gli accordi internazionali prevedono la decisione di autorità centrali, il pubblico ministero inoltra al Ministro della giustizia richiesta motivata di trasferimento del procedimento. Entro il termine di trenta giorni dalla ricezione degli atti, il Ministro può disporre il trasferimento sempre che non ricorrano le condizioni di cui ai commi 2 e 4, dandone tempestiva comunicazione all’autorità straniera e al pubblico ministero che procede. 4. Non può disporsi il trasferimento del procedimento se vi è motivo di ritenere che lo Stato estero non assicuri, nel procedimento, il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento, ovvero se vi è motivo di ritenere che l’indagato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona. 5. Il procedimento penale è sospeso dal momento della trasmissione al Ministro della giustizia della decisione prevista dal comma 2 o della richiesta motivata prevista al comma 3 e sino alla comunicazione della decisione del Ministro. In ogni caso possono essere compiuti gli atti urgenti o irripetibili. 6. A seguito della comunicazione del trasferimento all’estero del procedimento penale ovvero decorso il termine di cui al comma 2 senza che il Ministro abbia esercitato il potere di diniego, il giudice

quando il pubblico ministero ha notizia della pendenza di un procedimento penale all'estero per lo stesso fatto.

Sono previste, all'uopo, due possibilità:

- I. il rapporto diretto tra autorità italiana e autorità estera, con comunicazione al Ministro della giustizia. Il ministro, entro 30 giorni, può vietare l'esecuzione quando sono compromessi la sicurezza, la sovranità o altri interessi essenziali dello Stato o se vi è motivo di ritenere che all'indagato non sia garantito il rispetto di specifici diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti o che non sia assicurato il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento;
- II. ove previsto da accordi internazionali, la decisione dell'autorità centrale. In tal caso il pubblico ministero inoltra la richiesta motivata al Ministro della giustizia che, entro 30 giorni, può disporre il trasferimento, salvo che ricorrano le ragioni ostative sopra indicate. Alla comunicazione del trasferimento all'estero o al mancato esercizio delle prerogative del Ministro consegue l'archiviazione del procedimento penale. La riapertura delle indagini da parte dell'autorità giudiziaria italiana (ad esclusione dei casi in cui la decisione del giudice straniero non determini il *bis in idem*) è possibile ove, dopo il trasferimento, l'autorità straniera non eserciti l'azione penale nel termine convenuto.

In buona sostanza, volendo ricostruire il sistema novellato per tappe significative e seguendo un'ordinata mappa concettuale, fedele all'impianto normativo oggi vigente, il percorso in materia di trasferimenti procedurali all'estero può ricostruirsi come segue.

Trattasi della vera novità recata dalla modifica attuata col decreto legislativo n. 149/2018.

Fatte salve le disposizioni speciali in materia di conflitti di giurisdizione con le autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione europea, possono essere disposti, quando previsto dalle convenzioni internazionali, sia il trasferimento del procedimento penale in favore dell'autorità giudiziaria di altro

emette decreto di archiviazione. Non si applicano gli articoli 408, 409 e 410. Il decreto di archiviazione è comunicato alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione. 7. Resta fermo quanto stabilito dall'articolo 414 quando l'azione penale non è esercitata nello Stato estero nel termine convenuto all'atto del trasferimento, sempre che la decisione assunta nello Stato estero non determini il divieto di un secondo giudizio. Dell'avvenuta riapertura delle indagini è data comunicazione allo Stato estero. (Articolo inserito dall'art. 10, comma 1, lett. a), d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, che ha inserito il Titolo IV-bis, a decorrere dal 31 ottobre 2017).

Stato perché essa proceda autonomamente, che l'assunzione, nello Stato italiano, del procedimento penale pendente davanti all'autorità giudiziaria di Stato estero.

Il *discrimen* temporale è dato dall'esercizio dell'azione penale – il trasferimento del procedimento penale o la sua assunzione sono disposti fino a quando non sia esercitata l'azione penale – ossia dal passaggio dalla fase procedimentale a quella processuale⁸.

Il trasferimento è disposto in favore dell'autorità giudiziaria di altro Stato che presenti più stretti legami territoriali con il fatto per il quale si procede o con le fonti di prova. I legami territoriali indicati costituiscono i primi criteri di collegamento. Il sistema novellato ne esplicita altri; specificandoli dettagliatamente.

Ai fini della decisione si tiene conto dei seguenti criteri:

- a) luogo in cui è avvenuta la maggior parte dell'azione, dell'omissione o dell'evento;
- b) luogo in cui si è verificata la maggior parte delle conseguenze dannose;
- c) luogo in cui si trovano il maggior numero di persone offese, di testimoni o delle fonti di prova;
- d) impossibilità di procedere ad estradizione dell'indagato che ha trovato rifugio nello Stato richiesto;
- e) luogo in cui risiede, dimora, è domiciliato ovvero si trova l'indagato.

Trattasi d'una elencazione connotata da sicura esaustività in quanto le indicazioni si rivelano ricapitolartici di esigenze già manifestatesi nella prassi forense.

A ben vedere, i criteri di collegamento offerti dai "legami territoriali" trovano puntuale specificazione in quelli indicati sub a) – e); così rendendo il sistema tendenzialmente completo e chiuso alla stregua di quello che s'attuava nel diritto internazionale privato coi cd. criteri di collegamento colà elaborati quali modi di risoluzione delle controversie in campo civilistico⁹.

B) *Le forme ed i modi del trasferimento del procedimento penale*

La novella distingue, quindi, le due ipotesi dell'assunzione procedimentale dall'estero e dell'assunzione procedimentale all'estero. In sostanza potremmo dire, specularmente agli istituti dell'extradizione e delle rogatorie, il trasferimento passivo e quello attivo.

⁸ Sul punto vedi, per tutti, PAOLO TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2016.

⁹ Sul punto vedi amplius, *Fondamenti di diritto internazionale e penale* (D.I.P.E.). Definizione, oggetto, partizione della materia, Ed. La Nuova Mezzina, 2016.

Prendendo le mosse dalla traslazione del procedimento penale dall'estero, il meccanismo giuridico prefigurato dal legislatore è il seguente.

Il Ministro della giustizia, ricevuta richiesta di assunzione nello Stato di un procedimento penale, la trasmette all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente. Nel caso in cui le convenzioni internazionali prevedono il rapporto diretto tra autorità giudiziarie, il pubblico ministero dà tempestiva comunicazione al guardasigilli del provvedimento di assunzione, reso all'esito delle consultazioni con l'autorità giudiziaria dello Stato estero.

La decisione di assunzione del procedimento è notificata alla persona offesa con l'avviso della facoltà di proporre querela, se questa è richiesta soltanto dall'ordinamento dello Stato. Il termine per la presentazione della querela decorre dalla notificazione dell'avviso. La querela presentata nello Stato estero conserva efficacia nell'ordinamento interno. Particolare cura viene prestata al tema delle libertà della persona e dell'acquisizione probatoria. Nel caso di misure cautelari disposte nel procedimento assunto in Italia, si applica l'articolo 27 c.p.p.¹⁰, ma il termine per l'adozione dei relativi provvedimenti è di trenta giorni dalla ricezione degli atti. Il periodo di custodia cautelare sofferto all'estero è computato ai sensi e per gli effetti degli articoli 303, comma 4, c.p.p.¹¹, 304

c.p.p.¹² e 657 c.p.p.¹³. Si applica il comma 2 dell'ar-

¹² C.p.p. art. 304. Sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare. 1. I termini previsti dall'articolo 303 sono sospesi, con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310, nei seguenti casi: a) nella fase del giudizio, durante il tempo in cui il dibattimento è sospeso o rinviato per impedimento dell'imputato o del suo difensore ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore, sempre che la sospensione o il rinvio non siano stati disposti per esigenze di acquisizione della prova o a seguito di concessione di termini per la difesa; b) nella fase del giudizio, durante il tempo in cui il dibattimento è sospeso o rinviato a causa della mancata presentazione, dell'allontanamento o della mancata partecipazione di uno o più difensori che rendano privo di assistenza uno o più imputati; c) nella fase del giudizio, durante la pendenza dei termini previsti dall'articolo 544, commi 2 e 3; c-bis) nel giudizio abbreviato, durante il tempo in cui l'udienza è sospesa o rinviata per taluno dei casi indicati nelle lettere a) e b) e durante la pendenza dei termini previsti dall'articolo 544, commi 2 e 3. 2. I termini previsti dall'articolo 303 possono essere altresì sospesi quando si procede per taluno dei reati indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), nel caso di dibattimenti o di giudizi abbreviati particolarmente complessi, durante il tempo in cui sono tenute le udienze o si delibera la sentenza nel giudizio di primo grado o nel giudizio sulle impugnazioni. 3. Nei casi previsti dal comma 2, la sospensione è disposta dal giudice, su richiesta del pubblico ministero, con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310. 4. I termini previsti dall'articolo 303, comma 1, lettera a), sono sospesi, con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310, se l'udienza preliminare è sospesa o rinviata per taluno dei casi indicati nel comma 1, lettere a) e b), del presente articolo. 5. Le disposizioni di cui alle lettere a) e b) del comma 1, anche se riferite al giudizio abbreviato, e di cui al comma 4 non si applicano ai coimputati ai quali i casi di sospensione non si riferiscono e che chiedono che si proceda nei loro confronti previa separazione dei processi. 6. La durata della custodia cautelare non può comunque superare il doppio dei termini previsti dall'articolo 303, commi 1, 2 e 3 senza tenere conto dell'ulteriore termine previsto dall'articolo 303, comma 1, lettera b), numero 3-bis) e i termini aumentati della metà previsti dall'articolo 303, comma 4, ovvero, se più favorevole, i due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza. A tal fine la pena dell'ergastolo è equiparata alla pena massima temporanea. 7. Nel computo dei termini di cui al comma 6, salvo che per il limite relativo alla durata complessiva della custodia cautelare, non si tiene conto dei periodi di sospensione di cui al comma 1, lettera b).

¹³ 657. Computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo. 1. Il pubblico ministero, nel determinare la pena detentiva da eseguire, computa il periodo di custodia cautelare subita per lo stesso o per altro reato, anche se la custodia è ancora in corso. Allo stesso modo procede in caso di applicazione provvisoria di una misura di sicurezza detentiva, se questa non è stata applicata definitivamente. 2. Il pubblico ministero computa altresì il periodo di pena detentiva espia per un reato diverso, quando la relativa condanna è stata revocata, quando per il reato è stata concessa amnistia o quando è stato concesso indulto, nei limiti dello stesso. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2, il condannato può chiedere al pubblico ministero che i periodi di custodia cautelare e di pena detentiva espia, operato il ragguaglio, siano computati per la determinazione della pena pecuniaria o della sanzione sostitutiva da eseguire; nei casi previsti dal comma 2, può altresì chiedere che le sanzioni sostitutive espia siano computate nelle sanzioni sostitutive da eseguire per altro reato. 4. In ogni caso sono computate soltanto la custodia cautelare subita o le pene espia dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire. 5. Il pubblico ministero

¹⁰ C.p.p. art. 27. Misure cautelari disposte dal giudice incompetente. 1. Le misure cautelari disposte dal giudice che, contestualmente o successivamente, si dichiara incompetente per qualsiasi causa cessano di avere effetto se, entro venti giorni dalla ordinanza di trasmissione degli atti, il giudice competente non provvede a norma degli articoli 292, 317 e 321.

¹¹ C.p.p. art. 303. Termini di durata massima della custodia cautelare. [...] comma 4. La durata complessiva della custodia cautelare, considerate anche le proroghe previste dall'articolo 305, non può superare i seguenti termini: a) due anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni; b) quattro anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni, salvo quanto previsto dalla lettera a); c) sei anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a venti anni [...].

ticolo 303 c.p.p.¹⁴.

Gli atti di acquisizione probatoria compiuti all'estero conservano la loro efficacia e sono utilizzabili secondo la legge italiana, sempre che non contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Sarà cura del ministro guardasigilli informare tempestivamente lo Stato estero delle decisioni assunte dalle autorità giudiziarie italiane.

La traslazione procedimentale verso l'estero, segue un viatico tutto sommato, omologo e speculare a quello su illustrato.

Quando il pubblico ministero ha notizia della pendenza di un procedimento penale all'estero, per gli stessi fatti per i quali si è proceduto all'iscrizione a norma dell'articolo 335 c.p.p.¹⁵, adotta le proprie determinazioni in relazione al trasferimento del procedimento, dopo essersi consultato con la competente autorità straniera.

La decisione sul trasferimento del procedimento all'estero è comunicata al Ministro della giustizia che, nel termine di trenta giorni dalla ricezione degli atti, può vietarne l'esecuzione quando sono compromessi la sicurezza, la sovranità o altri interessi essenziali dello Stato, nonché nei casi in appresso indicati¹⁶.

Quando gli accordi internazionali prevedono la decisione di autorità centrali, il pubblico ministero inoltra al Ministro della giustizia richiesta motivata di

provvede con decreto, che deve essere notificato al condannato e al suo difensore.

¹⁴ C.p.p. art. 303. Termini di durata massima della custodia cautelare. [...] comma 2. Nel caso in cui, a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione o per altra causa, il procedimento regredisca a una fase o a un grado di giudizio diversi ovvero sia rinviato ad altro giudice, dalla data del procedimento che dispone il regresso o il rinvio ovvero dalla sopravvenuta esecuzione della custodia cautelare decorrono di nuovo i termini previsti dal comma 1 relativamente a ciascuno stato e grado del procedimento [...].

¹⁵ C.p.p. art. 335. Registro delle notizie di reato. 1. Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito. 2. Se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni. 3. Ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste ai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta. 3-bis. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile. 3-ter. Senza pregiudizio del segreto investigativo, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, la persona offesa dal reato può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo.

¹⁶ Della decisione del Ministro guardasigilli, anche in tale caso, è data comunicazione al pubblico ministero.

trasferimento del procedimento. Entro il termine di trenta giorni dalla ricezione degli atti, il Ministro può disporre il trasferimento¹⁷ dandone tempestiva comunicazione all'autorità straniera e al pubblico ministero che procede.

È ostativo al trasferimento e quindi non può disporsi il trasferimento del procedimento se vi è motivo di ritenere che lo Stato estero non assicuri, nel procedimento, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, ovvero se vi è motivo di ritenere che l'indagato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona¹⁸.

Il procedimento penale è sospeso dal momento della trasmissione al Ministro della giustizia della decisione¹⁹ o della richiesta motivata²⁰ e sino alla comunicazione della decisione del Ministro.

Il sistema, coerentemente, prevede che «in ogni caso possono essere compiuti gli atti urgenti o irripetibili»²¹.

A seguito della comunicazione del trasferimento all'estero del procedimento penale ovvero decorso il termine di legge²² senza che il Ministro abbia esercitato il potere di diniego, il giudice emette decreto di archiviazione. Non si applicano gli articoli 408, 409 e 410 del codice di procedura penale²³. Il decreto di ar-

¹⁷ Sempre che non ricorrano le condizioni ostantive espressamente previste dalla legge.

¹⁸ Sulle cause ostantive indicate nel testo, vedi, per tutti, Paolo Tonini, Manuale, cit.

¹⁹ Prevista dal comma 2 dell'articolo 746-*quater*.

²⁰ Prevista al comma 3 dell'articolo citato nella nota che precede.

²¹ Ciò che appare in piena linea con le disposizioni codicistiche interne al nostro rito penale.

²² Quello di cui al comma 2 dell'articolo 746-*quater*.

²³ C.p.p. art. 408. Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato. 1. Entro i termini previsti dagli articoli precedenti, il pubblico ministero, se la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta di archiviazione. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari. 2. L'avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione. 3. Nell'avviso è precisato che, nel termine di venti giorni, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari. 3-bis. Per i delitti commessi con violenza alla persona e per il reato di cui all'articolo 624-bis del codice penale, l'avviso della richiesta di archiviazione è in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa ed il termine di cui al comma 3 è elevato a trenta giorni. – c.p.p. art. 409. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione. 1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l'opposizione prevista dall'articolo 410, il giudice, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti

chiviazione è comunicato alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione.

Resta fermo quanto stabilito dall'articolo 414 c.p.p.²⁴ quando l'azione penale non è esercitata nello Stato estero nel termine convenuto all'atto del trasferimento, sempre che la decisione assunta nello Stato estero non determini il divieto di un secondo giudizio²⁵.

Dell'avvenuta riapertura delle indagini, nelle forme e coi modi su indicati, è data comunicazione allo Stato estero.

Concludendo, può ben dirsi che si tratta d'una riforma organica e tendenzialmente completa del sistema processuale dei rapporti internazionali – ivi inclusi, ovviamente, quelli europei – in materia penale. Resta il dubbio del se la strada codicistica sia la strada maestra oppure se sarebbe stato più proprio ed opportuno collocare le relative disposizioni normative – as-

sieme a quelle omologhe costituenti il diritto penale internazionale sostanziale (o materiale) in un apposito Testo Unico.

al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l'archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare. 2. Se non accoglie la richiesta, il giudice entro tre mesi fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia. 3. Della fissazione dell'udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello. 4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse, altrimenti provvede entro tre mesi sulle richieste. 5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419. [6. L'ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione [c.p.p. 606] solo nei casi di nullità previsti dall'articolo 127 comma 5.]. – C.p.p. art. 410. Opposizione alla richiesta di archiviazione. 1. Con l'opposizione alla richiesta di archiviazione la persona offesa dal reato chiede la prosecuzione delle indagini preliminari indicando, a pena di inammissibilità, l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova. 2. Se l'opposizione è inammissibile e la notizia di reato è infondata, il giudice dispone l'archiviazione con decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. 3. Fuori dei casi previsti dal comma 2, il giudice provvede a norma dell'articolo 409 commi 2, 3, 4 e 5, ma, in caso di più persone offese, l'avviso per l'udienza è notificato al solo opponente.

²⁴ C.p.p. art. 414. Riapertura delle indagini. 1. Dopo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti, il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni. 2. Quando è autorizzata la riapertura delle indagini, il pubblico ministero procede a nuova iscrizione a norma dell'articolo 335.

²⁵ Si tratta della preclusione del cd. *bis in idem*; sulla quale vedi *amplius* SERGIO RICCHITELLI, in *Gazzetta forense* n. 3/2018 e n. 1/2019; vedi altresì, P. TONINI, *Manuale cit.*

Simona Aduasio

Avvocato penalista del foro di Trani. Specializzata in Professioni Legali

Il nuovo trattamento sanzionatorio per i reati in materia di stupefacenti. Disegno di legge n. 1128

abstract

On 6th March 2019 has been presented to the Senate the draft law no. 1128, which intervenes in penalties regime concerning drug-related crimes by increasing sentences for minor offence ones referred to in article 73, paragraph 5, of Decree of the President of the Republic no. 309 of 1990 and by providing for a more restrictive discipline of precautionary measures. The reform also introduces a special hypothesis of mandatory confiscation, as well as new cases of suspension and cancellation of the driving license.

keywords

Drugs – Minor offence – Penalty worsening – Precautionary measures – Confiscation – Driving licence.

abstract

Il 6 marzo 2019 è stato presentato al Senato il disegno di legge n. 1128, che interviene sul regime sanzionatorio relativo ai reati in materia di stupefacenti, inasprendo le pene per la fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, c. 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 e prevedendo una più restrittiva disciplina delle misure cautelari. La riforma introduce inoltre un'ipotesi speciale di confisca obbligatoria, nonché nuovi casi di sospensione e revoca della patente di guida.

parole chiave

Stupefacenti – Lieve entità – Inasprimento sanzionatorio – Misure cautelari – Confisca – Patente di guida.

sommario

Premessa. – **1.** Le modifiche al trattamento sanzionatorio per i fatti di lieve entità. – **2.** Le modifiche al sistema delle misure precautelari e cautelari. – **3.** Le modifiche in tema di confisca. – **4.** Le modifiche al codice della strada. – **5.** Riflessioni conclusive.

Premessa

Il 6 marzo 2019 è stato presentato al Senato il disegno di legge n. 1128 recante «Modifiche al codice di procedura penale e al testo unico delle leggi in materia di stupefacenti relativamente alla produzione, al traffico o alla detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità», assegnato il 2 aprile alle

commissioni riunite Giustizia e Igiene e sanità.

Il progetto di legge – come si evince dalla relazione al d.d.l. – tende ad arginare il fenomeno riguardante la produzione, il traffico e la detenzione di stupefacenti di «lieve entità». Invero, secondo quanto ivi riportato, sulla scorta dei risultati dell'attività repressiva dei reati in materia di stupefacenti, una percentuale superiore alla metà dei casi esaminati viene inquadrata nel paradigma normativo di cui all'art. 73, c. 5, del d.P.R. n. 309 del 1990.

Ad avviso del legislatore, tale collocazione delle condotte nell'ipotesi lieve pregiudica «la portata repressiva e deterrente prevista dalla fattispecie incriminatrice ordinaria» di cui all'art. 73 del t.u. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope.

Ad introduzione di questa prima lettura e breve analisi delle novità proposte dalla riforma, si riporta un passaggio della recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 40 del 2019, il cui deposito e pubblicazione hanno seguito di pochi giorni la presentazione del disegno di legge in commento. La sentenza n. 40 del 2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, c. 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni.

Sembra difatti che tale iniziativa legislativa abbia risposto al pressante invito della Corte Costituzionale a procedere «rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990».

Tuttavia, come si vedrà, il censurato «iato sanzionatorio» è stato colmato dal d.d.l. in esame in maniera diametralmente opposta alle modifiche auspiccate e, limitatamente alla fattispecie non lieve, già concretamente poste in essere dalla Consulta.

1. Le modifiche al trattamento sanzionatorio per i fatti di lieve entità

Il d.d.l. n. 1128 si compone di quattro articoli, che incidono sul codice di procedura penale, sul testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti, sul codice penale e sul codice della strada.

Si ritiene opportuno partire dall'esame della modifica del trattamento sanzionatorio per i fatti cd. di lieve entità.

L'art. 2, lett. a), del d.d.l. n. 1128 modifica anzitutto il trattamento sanzionatorio delle condotte di produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990.

La riforma interviene per vero sulle precedenti pene – sostituendo quella detentiva della reclusione «da sei mesi a quattro anni» e quella pecuniaria della multa «da euro 1.032 a euro 10.329» – prevedendo la più severa cornice edittale della reclusione «da tre a sei anni» e della multa «da euro 5.000 a euro 20.000».

L'art. 2, lett. b), abroga invece i commi 5-*bis* e 5-*ter* del medesimo art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990.

Si tratta delle disposizioni che disciplina(va)no la possibilità che il giudice, qualora non dovesse concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena con la sentenza di condanna o di applicazione della pena *ex art.* 444 c.p.p., applicasse al reo tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope in luogo delle pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 274 del 2000.

L'evidente intento del legislatore è dunque quello di punire più rigidamente gli autori delle condotte qualificabili come di lieve entità, prescindendo dalla sussistenza dell'eventuale condizione di tossicodipendenza o *status* di assuntore.

A tacer d'altro, mediante l'aggravamento della cornice edittale per il reato di cui al comma 5 e, segnatamente, elevando a sei anni di reclusione il limite massimo della pena detentiva, il legislatore ha (consapevolmente?) escluso *in nuce* la possibilità per gli autori di condotte lievi di accedere al beneficio dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.

2. Le modifiche al sistema delle misure precautelari e cautelari

Dal mutamento del quadro sanzionatorio previsto per la fattispecie lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 derivano peraltro in automatico conseguenze sul piano delle misure cautelari, mentre sono apportate espressamente delle modifiche in ordine alla disciplina delle misure precautelari.

Per vero, quanto all'esigenza cautelare di cui alla lettera c) dell'art. 274, c. 1, c.p.p., l'innalzamento del limite edittale massimo per la suddetta fattispecie lieve comporta l'applicabilità, oltre che della misura cautelare degli arresti domiciliari, anche della custodia

cautelare in carcere, qualora il pericolo di reiterazione riguardi la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede. Più difficilmente accessibile risulterà inoltre la disposizione di cui all'art. 275, c. 2-*bis*, c.p.p., riducendosi i casi in cui il giudice, in considerazione del mutato *range* edittale, potrà ritenere che con la sentenza sarà concessa la sospensione condizionale della pena ovvero l'applicazione di una pena non superiore a tre anni di reclusione.

Quanto alle misure precautelari, il legislatore della riforma è intervenuto direttamente sopprimendo la clausola di salvezza di cui all'art. 380, c. 2, lett. h), c.p.p., rendendo pertanto obbligatorio l'arresto in flagranza nei delitti, consumati o tentati, concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope puniti a norma dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, a prescindere che si tratti della fattispecie «ordinaria» di cui al comma 1 o di quella di «lieve entità» di al comma 5.

Non sembra invece che l'inasprimento sanzionatorio abbia aggravato le conseguenze in ordine all'applicabilità delle misure interdittive, ancorché tale aspetto sia stato evidenziato come innovativo nella relazione di accompagnamento al disegno di legge.

In particolare, la relazione cita invero tra le norme oggetto di effetti indiretti conseguenti al più severo trattamento sanzionatorio l'art. 287 c.p.p., disposizione che prevede l'applicabilità delle misure interdittive «solo quando si procede per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni». Orbene, è evidente come il previgente limite edittale massimo della fattispecie di lieve entità fosse pari a quattro anni di reclusione (e dunque superiore a tre), di talché la riforma in commento non pare aver modificato né introdotto la già prevista applicabilità delle misure interdittive anche all'ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990.

3. Le modifiche in tema di confisca

Nell'ottica di un generale mutamento *in pejus* delle conseguenze derivanti dalla commissione del delitto di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 – nella sua duplice manifestazione «ordinaria» e «lieve» – l'art. 3 del disegno di legge in esame ha inserito il nuovo comma 1-*ter* nell'art. 240 c.p.

Il legislatore ha reso dunque obbligatoria la confisca «degli autoveicoli o (di) altri beni mobili registrati che abbiano agevolato o che possano agevolare la commissione dei reati di cui all'articolo 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

La novità concernente l'introduzione di una nuova ipotesi speciale di confisca – ancorché destinata a suscitare presumibilmente un meno intenso scalpore mediatico rispetto all'innalzamento delle pene detentive e pecuniaria per il quinto comma dell'art. 73 – pare invece quella che più drasticamente va ad incide-

¹ Nella relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1128 manca un esplicito riferimento alla illustrata conseguenza dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. Diversamente invece accade con riguardo agli effetti in ordine alle misure cautelari, espressamente menzionate.

re sui principi generali in tema di misure di sicurezza patrimoniali.

Per vero, se la confisca può considerarsi facoltativa per principio generale², *a fortiori* lo è quella che concerne le cose che «servirono o furono destinate a commettere il reato», così come espressamente previsto dall'art. 240, c. 1, c.p.. La previsione codicistica esclude infatti qualsivoglia automatismo nell'applicazione della confisca – per l'appunto facoltativa – richiedendo un *quid pluris* consistente nella sussistenza di un nesso eziologico diretto ed essenziale tra le cose e il fatto di reato.

La mancanza di questa fondamentale precisazione nell'introducenda ipotesi speciale di confisca è pertanto frutto di una presunzione *ex lege* non soltanto dell'esistenza di nesso eziologico tra qualunque autoveicolo o bene mobile registrato e la commissione dei reati in materia di stupefacenti – che ne avrebbe giustificato la collocazione nel primo comma dell'art. 240 c.p. – ma anche della presunzione assoluta di pericolosità oggettiva di tali beni, rendendone obbligatoria l'espropriazione ed escludendo ogni tipo valutazione da parte del giudice, se non in ordine alla sola «agevolazione» effettiva o potenziale rispetto alla commissione dei reati.

Imprudente appare invero la coniugazione al congiuntivo dell'espressione «che possano agevolare la commissione dei reati» che, prescindendo dall'effettiva utilizzazione e dalla concreta agevolazione procurata dall'impiego del bene nella commissione dei fatti di reato di cui all'art. 73, si presterebbe ad una interpretazione nel senso dell'applicabilità «allargata» della confisca a tutti i beni mobili registrati in possesso all'autore del reato.

Discutibile appare peraltro la mancata previsione di una disposizione che escluda la confisca di cui al nuovo comma 1-ter nell'ipotesi in cui i beni mobili registrati siano di proprietà di un soggetto estraneo al reato, così come invece disposto dai commi 3 e 4 dell'art. 240 c.p. e finanche dall'art. 301, c. 3, del d.P.R. n. 43 del 1973 con riferimento alla confisca conseguente alla commissione di reati in materia di contrabbando, cui l'odierna riforma sembra ispirarsi.

4. Le modifiche al Codice della Strada

L'ultimo articolo della riforma incide sulle disposizioni relative alle sanzioni amministrative accessorie di cui agli artt. 222 e 223 del d.lgs. n. 285 del 1992.

Prima di approfondire le modifiche apportate dalla novella legislativa al Codice della Strada, è opportuno rimarcare che l'art. 222 disciplina l'applicazione della sospensione o della revoca della patente di guida, che conseguono all'accertamento di reati, mentre l'art. 223 si riferisce al ritiro della patente operato dagli agenti accertatori nelle ipotesi di reato per le quali

sia prevista una delle predette sanzioni amministrative accessorie, finalizzato alla trasmissione al prefetto che, ove sussistano fondati elementi di un'evidente responsabilità, ne disporrà la sospensione provvisoria.

Il d.d.l. n. 1128 inserisce tra le fattispecie di reato per cui è prevista la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di cui all'art. 222, c. 2, del C.d.S. anche quelle *ex art.* 73 del d.P.R. n. 309 del 1990.

Ancorché la *ratio* sottesa all'art. 4 della riforma sia manifestamente riconducibile ad una più severa disciplina delle conseguenze della commissione dei delitti di spaccio e detenzione ai fini di spaccio di sostanze stupefacenti, appare tuttavia discutibile la collocazione della nuova disposizione nell'art. 222 del C.d.S.

Quest'ultima norma enumera invero le fattispecie di reato al cui accertamento deve seguire l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della sospensione o della revoca della patente di guida.

Ai fini dell'operatività delle sanzioni accessorie deve trattarsi, sia per i reati previsti dal Codice della Strada e richiamati dal primo comma dell'art. 222, sia per le altre fattispecie menzionate dal secondo comma, rispettivamente di fatti da cui siano derivati danni alle persone ovvero una lesione personale grave o gravissima, nonché un omicidio colposo. Appare peraltro coerente la previsione delle medesime sanzioni accessorie per le fattispecie di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime, in quanto è evidente che anche in questo caso sussista il requisito di un effettivo danno all'incolumità personale o alla vita.

Con riferimento all'introducenda previsione nell'ambito dell'art. 222 C.d.S., non sembra invece potersi ravvisare la medesima ragione, quantomeno nella misura in cui la norma non specifica la necessità che sussista un ulteriore elemento rispetto alla sola commissione del reato di cui all'art. 73, quale potrebbe essere – a titolo esemplificativo – il verificarsi di un concreto danno all'incolumità delle persone che hanno acquistato la sostanza stupefacente.

Anche in quest'ultimo caso, la riforma fa uso della presunzione che qualsiasi condotta prevista dall'art. 73 del t.u. in materia di stupefacenti abbia quale automatico effetto una lesione personale grave o gravissima ovvero la morte, prescindendo dall'effettivo accertamento di tali conseguenze.

Quanto alla modifica dell'art. 223 C.d.S., la riforma introduce l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 tra le ipotesi di reato per cui l'agente o l'organo accertatore ritira la patente ai fini della trasmissione al prefetto per la decisione sulla sospensione provvisoria della patente stessa.

Ulteriore novità consta nella possibilità di sospensione della patente già dopo la condanna in primo grado, previa trasmissione nel termine di quindici giorni da parte del cancelliere del giudice che ha pronunciato

² FIANDACA - MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 834.

la sentenza o il decreto, di copia autentica al prefetto indicato al comma 1 dell'art. 223 C.d.S.

Risulta carente peraltro qualsivoglia coordinamento delle modifiche al Codice della Strada con la già esistente previsione di cui all'art. 85 del d.P.R. n. 309 del 1990, che del ritiro della patente quale pena accessoria alla condanna per i reati di cui agli artt. 73, 74, 79 ed 82 del d.P.R. n. 309 del 1990.

5. Considerazioni conclusive

Il disegno di legge n. 1128 si pone nel quadro di riforme che rispecchia il modello «ordine e disciplina» proposto dall'attuale Governo.

Ancorché non si dubiti in questa sede della portata negativa del fenomeno dello spaccio di sostanze stupefacenti, deve tuttavia evidenziarsi come non possano venir meno principi fondamentali della nostra Costituzione al solo fine propagandistico e demagogico.

Il riferimento è anzitutto all'art. 27 Cost., segnatamente alla finalità rieducativa della pena, che viene affatto celatamente disattesa nel disegno di legge e nella relativa relazione di accompagnamento, che ne rivendica la portata repressiva e deterrente.

Non manca peraltro l'introduzione di automatismi giuridici e di presunzioni assolute che, accomunando questa riforma a quella di recente introduzione sulla legittima difesa, sembra voler contenere – questa volta meno palesemente – gli spazi di discrezionalità propri del giudice penale.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

La riforma in appello della sentenza di assoluzione sulla scorta di una diversa valutazione della relazione peritale comporta l'obbligo di risentire il perito

abstract

With sentence no. 14426 of 2019, the United Criminal Sections of the Court of Cassation have been called to clarify "if the declaration made by the expert or by the technical consultant constitutes or not declaratory proof comparable to that of the witness, with respect to which, the appellate judge in the case of reform of the acquittal sentence on the basis of a different appreciation of it, if it deems it decisive, has the obligation to proceed with the renewal of the case. The Supreme judges have also indicated for the purposes of art. 603, paragraph 3-bis, c.p.p., what are the characteristics that a proof must present to be called declarative: a) it must be proof that it may concern both perceptive and evaluative statements; b) must be carried out through oral language; c) it must be decisive having been placed by the court of first instance as the foundation of the acquittal; d) the appellate judge must give a different assessment. In motivation the supreme assembly has finally clarified that renewal of the preliminary investigation on appeal does not mean renewal in any case, even of the appraisal: it only means that the appellate judge, having identified the points deemed critical of the expert report, has the obligation to convene the expert and to examine it, in the oral contradiction of the parties, on the aforementioned critical points. In light of this they have issued the following principles of law: The declaration made by the expert during the trial constitutes declaratory proof. Consequently, if it is decisive, the appellate judge has the obligation to proceed with the trial renewal, in the case of reform of the acquittal sentence on the basis of a different appreciation of it.

Where, in the judgment of the first instance, the expert report has been given the only reading without examination of the expert, the appellate judge who, on appeal of the public prosecutor, condemns the accused acquitted in the trial of first instance, has no obligation to renew the trial education through the examination of the expert.

keywords

Absolute sentence reform – Obligation to renew the appeal – Expert examination.

abstract

Con la sentenza n. 14426 del 2019, le Sezioni unite penali della Corte di Cassazione sono state chiamate a chiarire se la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, il giudice di appello nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa, ove la ritenga decisiva, ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale.» I giudici Supremi hanno anche indicato agli effetti di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p., quali siano le caratteristiche che deve presentare una prova per essere definita dichiarativa: a) deve trattarsi di prova che può avere ad oggetto sia dichiarazioni percettive che valutative; b) dev'essere espletata a mezzo del linguaggio orale; c) dev'essere decisiva essendo stata posta dal giudice di primo grado a fondamento dell'assoluzione; d) di essa il giudice di appello deve dare una diversa valutazione. In motivazione il supremo consesso ha chiarito infine che rinnovazione dell'istruttoria in appello non significa rinnovazione in ogni caso, anche della perizia: significa solo che il giudice di appello, individuati i punti ritenuti critici della relazione peritale, ha l'obbligo di convocare il perito ed esaminarlo, nel contraddittorio orale delle parti, sui suddetti punti critici. Alla luce di tanto hanno emesso i seguenti principi di diritto: la dichiarazione resa dal perito nel corso del dibattimento costituisce una prova dichiarativa.

Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa. Ove, nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado, non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del perito.

parole chiave

Riforma sentenza assolutoria – Obbligo rinnovazione in appello – Esame perito.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, sent. 28 gennaio 2019, dep. 02 aprile 2019, n. 14426

Riforma sentenza assolutoria – Rinnovazione dibattimentale in appello – Esame perito.

La dichiarazione resa dal perito nel corso del dibattimento costituisce una prova dichiarativa. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa.

Ove, nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado, non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del perito

* * *

La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: «Se la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice di appello avrebbe l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa».

Il quesito di diritto controverso non riguarda la questione se l'imputato abbia o meno il diritto alla controprova a mezzo di una perizia, ma il diverso problema se, in grado di appello, debba essere rinnovata l'istruttoria e, quindi, garantito il contraddittorio limitatamente ad una perizia, già ammessa ed espletata nel giudizio di primo grado e ritenuta decisiva per l'assoluzione dell'imputato, ma che il giudice di appello valuta, all'opposto, in senso accusatorio.

Il contrasto la cui soluzione è stata demandata alle Sezioni unite deriva da un diverso approccio alla questione dell'applicabilità anche al perito e al consulente tecnico della regola ora codificata nell'art. 603 c.p.p., comma 3-bis.

Un primo orientamento, favorevole alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale parte dal presupposto che le dichiarazioni dei periti e dei consulenti – assimilabili alle dichiarazioni testimoniali – abbiano natura dichiarativa e, quindi, come tali, siano soggette, in caso di divergente valutazione da parte dei giudici di merito, all'obbligo di rinnovazione del dibattimento in appello ove la Corte intenda riformare *in pejus* la sentenza assolutoria di primo grado. Un orientamento contrario, invece, pur non negando la qualità di teste del perito (e del consulente tecnico), ne enfatizza, però, il ruolo peculiare di soggetto processuale del quale il giudice è chiamato a valutare non l'attendibilità e la credibilità – come per i testimoni “puri”, “assistiti” o “connessi” – ma il diverso profilo dell'affidabilità scientifica del metodo seguito e, quindi, le ragioni per cui ritiene preferibile la tesi del perito piuttosto che un'altra.

Ricordano i Supremi Giudici che il perito, in ambito processuale, può rivestire ruoli polivalenti potendo essere chiamato a svolgere sia accertamenti (indagini; acquisizione di dati probatori: cd attività percipiente) che valutazioni (cd. attività deducete): ed è per questa

sua peculiarità che viene denominato – in linea con la tradizione dei paesi di *common law* – anche “testimone esperto” (*expert witness*), perché come il testimone, ha l'obbligo di riferire sui fatti sui quali viene esaminato, ma “esperto” perché nel rispondere, si avvale delle sue competenze specialistiche.

Ma, è proprio per la centralità che spesso la perizia assume ai fini della decisione, che il legislatore ha congegnato lo svolgimento della perizia in modo che venga assicurata la garanzia del contraddittorio sia nella fase dello svolgimento dell'incarico peritale – concedendo alle parti la possibilità di nominare propri consulenti ex art. 225 c.p.p. – sia nella fase dell'illustrazione dell'esito delle indagini laddove il perito sia sottoposto all'esame ex art. 501 c.p.p..

È, quindi, la garanzia del contraddittorio che, così come per l'esame del teste (artt. 498 - 500 - 514 c.p.p.), costituisce l'elemento che caratterizza, dal punto di vista processuale, l'istituto della perizia e che depotenzia l'affermazione secondo la quale il perito – poiché esprime valutazioni “neutre” – non potrebbe essere assimilato al testimone.

Ricordano, ancora le Sezioni unite come anche per la giurisprudenza Europea il perito è equiparabile al testimone.

Infatti, la Corte EDU ha costantemente affermato che al perito – pur rivestendo un ruolo diverso da quello del testimone, dovendo qualificarsi come “testimone esperto” – si applicano le regole del giusto processo.¹

La giurisprudenza Europea, conferma, quindi, che le regole del “giusto processo” si applicano anche ai “testimoni esperti”, laddove costoro, come i testimoni “comuni”, abbiano un “peso significativo” nella decisione assunta dal giudice.²

Una volta appurato – secondo i Supremi Giudici - che il perito dev'essere assimilato, sia pure *cum grano salis*, al testimone, può essere allora risolto il quesito

¹ Ex plurimis, Poletan e Azirovik c. Macedonia del 12 maggio 2016; Matytsina c. Russia, 27 marzo 2014; Sara Lind c. Islanda del 05 luglio 2007; Stoimenov c. Macedonia del 05 aprile 2007; G.B. c. Francia del 02 gennaio 2002; Mantovanelli c. Francia del 18 marzo 1997; Doorson c. Paesi bassi del 26 marzo 2006; Brandstetter c. Austria del 28 agosto 1991; Bónisch c. Austria del 06 maggio 1985).

² Poletan e Azirovik c. Macedonia.

centrale se nel concetto di “prova dichiarativa” possa essere ricompresa anche la perizia.

La dottrina, suole distinguere la testimonianza dalla perizia sotto il profilo contenutistico: il testimone espone un fatto che ha percepito; il perito valuta un fatto e dà di esso una spiegazione avvalendosi delle sue competenze tecniche, scientifiche o artistiche.

Sulla base di questa distinzione, la prova avente ad oggetto la testimonianza è stata catalogata come rappresentativa-dichiarativa, mentre la perizia è stata classificata come prova critica-tecnica.

Proprio partendo da questa suddivisione di natura dottrinarina, una parte della giurisprudenza di legittimità³ dubita che anche la perizia possa essere fatta rientrare nell’ambito della prova dichiarativa.

Il Supremo Consesso, ritiene non condivisibile la suddetta opinione per le ragioni di seguito indicate.

A livello normativo, va, innanzitutto, osservato che la testimonianza e la perizia sono classificate entrambe come “mezzi di prova”, ed il perito è assimilabile al testimone.

Il dato oggettivo che accomuna i due mezzi di prova è la circostanza che sia il testimone che il perito trasmettono le informazioni di cui sono a conoscenza nel corso del dibattimento davanti ad un giudice, nel contraddittorio delle parti avvalendosi del linguaggio verbale, ossia di quel mezzo di comunicazione che attua e garantisce i principi di oralità ed immediatezza che, come si è detto, sono alla base dell’introduzione dell’art. 603 c.p.p., comma 3-bis.

Per l’art. 603, comma 3-bis, c.p.p., poi, l’ulteriore requisito qualificante ai fini della rinnovazione dell’istruttoria, non è il contenuto delle dichiarazioni (e cioè se abbiano natura percettiva o valutativa), quanto che quelle dichiarazioni siano decisive ai fini dell’assoluzione dell’imputato all’esito del giudizio di primo grado: ma, la decisività – come ritenuto anche dalla Corte EDU nella sentenza Poletan – non è una prerogativa della sola testimonianza (prova percettiva) ma anche della perizia (prova valutativa).

In altri termini – ai ristretti fini di cui all’art. 603 c.p.p., comma 3-bis, (rinnovazione dell’istruttoria) – segnalano i Giudici delle Sezioni unite – l’attenzione va focalizzata non tanto sul contenuto, quanto sull’effetto che le dichiarazioni del perito hanno sulla decisione, sicché, ove siano ritenute decisive ai fini dell’assoluzione dell’imputato, vanno considerate come una prova dichiarativa a tutti gli effetti e, quindi, anche ad esse va applicato il principio secondo il quale il giudice di appello non può, sulla base di una diversa valutazione, portarle a fondamento di una sentenza di riforma *in pejus*.

Può, dunque, affermarsi che la prova dichiarativa, agli effetti di cui all’art. 603 c.p.p., comma 3-bis, deve

avere le seguenti caratteristiche:

- a) deve trattarsi di prova che può avere ad oggetto sia dichiarazioni percettive che valutative perché la norma non consente interpretazioni restrittive di alcun genere;
- b) dev’essere espletata a mezzo del linguaggio orale (testimonianza; esame delle parti; confronti; riconoscimenti), perché questo è l’unico mezzo che garantisce ed attua i principi di oralità ed immediatezza: di conseguenza, in essa non possono essere ricompresi quei mezzi di prova che si limitano a veicolare l’informazione nel processo attraverso scritti o altri documenti (art. 234 c.p.p.);
- c) dev’essere decisiva essendo stata posta dal giudice di primo grado a fondamento dell’assoluzione.
- d) di essa il giudice di appello deve dare una diversa valutazione.

Solo ove sussistano, congiuntamente, tutte le suddette condizioni, il giudice di appello ha l’obbligo a mente dell’art. 603 c.p.p. comma 3 bis di rinnovare l’istruttoria.

Quindi, per prova dichiarativa deve intendersi quell’atto comunicativo con il quale un emittente trasmette, attraverso il linguaggio verbale, fatti percettivi o valutazioni di cui sia a conoscenza e che siano rilevanti ai fini della decisione. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello – nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento della medesima ha l’obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale tramite l’esame del suddetto emittente.

Alla stregua della suddetta nozione di prova dichiarativa, è consequenziale ritenere applicabile la regola dell’art. 603 c.p.p., comma 3-bis, non solo alla testimonianza ma anche all’esame del perito. Ovviamente, la rinnovazione dell’istruttoria in appello non significa rinnovazione sempre e comunque anche della perizia: significa solo che il giudice di appello, individuati i punti critici della relazione peritale, hanno l’obbligo di convocare il perito ed esaminarlo, nel contraddittorio orale delle parti, su quei punti secondo le stesse modalità previste nel giudizio di primo grado dall’art. 501 c.p.p..

Quando, invece, la relazione peritale, viene semplicemente letta su accordo delle parti giusto combinato disposto dell’art. 495 c.p.p., comma 4-bis, e art. 511 c.p.p., comma 2,⁴ ovvero quando, di essa sia data lettura senza il consenso delle parti le quali, però, non avendo tempestivamente eccepito la nullità, ne determinino la sanatoria ex art. 183 c.p.p., comma 1, lett. a)⁵, la relazione peritale viene veicolata nel processo attraverso la sola scrittura. In questi casi, poiché il contraddittorio, per volontà delle stesse parti, si attua nella sola forma cartolare, deve ritenersi non applica-

³ Sez. 5, 14 settembre 2016, n. 1691, Abruzzo, cit.; Sez. 3, 18 ottobre 2017, n. 57863, Colleoni.

⁴ *In terminis*, Sez. 1, 31 gennaio 2000, n. 3491, Petrarca, Rv. 215515.

⁵ *ex plurimis*, Sez. 3, 10 maggio 2016, n. 35497, L.M., Rv. 267637.

bile la regola della rinnovazione obbligatoria del dibattimento di cui all'art. 603 c.p.p., comma 3-*bis*, in quanto – costituendo un'eccezione alla regola stabilita nel precedente comma 3 – è riservata, in modo tassativo, alle sole prove dichiarative ossia a quelle prove in cui l'informazione è veicolata nel processo attraverso il linguaggio verbale.

Ovviamente, aggiungono i giudici ermellini, nulla impedisce al giudice di appello, ove lo ritenga “assolutamente necessario”, di citare d'ufficio il perito al fine di sottoporlo ad esame: ma si tratta, non di un obbligo, ex art. 603, comma 3-*bis*, ma di una facoltà esercitabile nei limiti di cui all'art. 603 c.p.p., comma 3.

Ai limitati fini della corretta applicazione l'art. 603 c.p.p., comma 3-*bis*, va analizzato l'effetto che ha avuto la consulenza nella decisione del giudice di primo grado.

Se, alla base della sentenza di assoluzione è stata posta proprio la consulenza di parte, ogni discussione sulla sua minore “oggettività” resta superata dalla decisione del giudice che, evidentemente ha ritenuto l'apporto del consulente obiettivo ed affidabile e, comunque, maggiormente attendibile rispetto alla stessa perizia ove anche questa sia stata disposta.

Di conseguenza, ove la sentenza sia appellata, si ripropone la medesima situazione già illustrata in relazione alla perizia in quanto il giudice di appello si trova di fronte alla seguente alternativa:

- a) confermare la sentenza assolutoria senza obbligo di rinnovare l'istruttoria, perché l'obbligo di rinnovazione è previsto solo ove il giudice di appello intenda riformare *in pejus* la sentenza di assoluzione;
- b) condannare l'imputato a fronte della sentenza assolutoria di primo grado: in tal caso, ha l'obbligo di rinnovare l'istruttoria.

Alla stregua di quanto illustrato, si possono, quindi, enunciare i seguenti principi di diritto:

«La dichiarazione resa dal perito nel corso del dibattimento costituisce una prova dichiarativa. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa».

«Ove, nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado, non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del perito».

a cura di
Andrea Alberico
 Ricercatore a tempo determinato in Diritto Penale

Rassegna di legittimità

Competenza - In genere - Decreto penale di condanna - Opposizione - Richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova - Competenza a decidere - Giudice indagini preliminari - Sussistenza.

Sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova ex art. 464-bis c.p.p., avanzata in sede di opposizione a decreto penale di condanna, competente a decidere è il giudice per le indagini preliminari e non il giudice del dibattimento.

Cass., sez. 1, sentenza 8 gennaio 2019, n. 6777
 (dep. 12 febbraio 2019), Rv. 274875
 Pres. Mazzei, Rel. Aliffi, P.M. Perelli (Diff.)
 Dichiarà competenza, Tribunale Lecce

Finanze e tributi - In genere - Reati tributari - Confisca diretta o per equivalente - Art. 12-bis d.lgs. n.74 del 2000 - Inoperatività della confisca in caso di impegno al versamento del debito tributario - Significato.

In tema di reati tributari, la previsione di cui all'art. 12-bis, comma 2, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, secondo la quale la confisca, diretta o per equivalente, non opera per la parte del profitto o del prezzo del reato che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro, va intesa nel senso che, per la parte coperta da tale impegno, la confisca può comunque essere adottata nonostante l'accordo rateale intervenuto, ma non è eseguibile, producendo i suoi effetti solo al verificarsi del mancato pagamento del debito.

Cass., sez. 3, sentenza 11 ottobre 2018, n. 6246
 (dep. 08 febbraio 2019), Rv. 274856
 Pres. Rosi, Rel. Cerroni, Imp. Budino, P.M. Romano (Conf.)
 Rigetta, Corte Appello Trieste

Istituti di prevenzione e di pena (ordinamento penitenziario) - Detenzione domiciliare - Art. 47-ter, comma 1-bis, ord. pen. - Divieto di concessione per i reati di cui all'art. 4-bis, legge n. 354 del 1975 - Questione di legittimità costituzionale - Rilevanza e non manifesta infondatezza.

È rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, comma 1, e 27, commi 1 e 3, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui prevede che tale disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'art. 4-bis della medesima legge.

Cass., sez. 1, ordinanza 18 febbraio 2019, n. 9126
 (dep. 01 marzo 2019), Rv. 274883
 Pres. Di Tomassi, Rel. Centofanti, Imp. Marchi, P.M. Di Nardo (Diff.)
 Solleva quest. legitt.à costit., Trib. Sorveglianza Firenze

Misure cautelari - Personali - Disposizioni generali - Esigenze cautelari - Reati di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. - Custodia cautelare in carcere - Presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari - Notevole distanza temporale dei fatti contestati - Obbligo del giudice di valutazione della sussistenza ed attualità delle esigenze cautelari - Necessità.

In tema di misure cautelari, pur se per i reati di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. è prevista una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, qualora intercorra un considerevole lasso di tempo tra l'emissione della misura e i fatti contestati in via provvisoria all'indagato, il giudice ha l'obbligo di motivare puntualmente, su impulso di parte o d'ufficio, in ordine alla rilevanza del tempo trascorso sull'esistenza e sull'attualità delle esigenze cautelari, anche nel caso in cui, trattandosi di reati associativi o di delitto aggravato dall'art. 7 della legge n. 203 del 1991 (ora art. 416-bis l.c.p.), non risulti la dissociazione dell'indagato dal sodalizio criminale. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato, con rinvio al tribunale del riesame, l'ordinanza impugnata nella quale era stata espressamente esclusa la rilevanza

del tempo, corrispondente a cinque anni, trascorso tra i fatti contestati all'indagato ed il provvedimento cautelare).

Cass., sez. 3, sentenza 16 gennaio 2019, n. 6284
(dep. 08 febbraio 2019), Rv. 274861
Pres. Andrezza, Rel. Gai, Imp. Pianta, P.M. Romano (Diff.)
Annulla con rinvio, Trib. Libertà Reggio Calabria

Pena – Estinzione (cause di) – Indulto – In genere – Revoca dell'indulto ex art. 3, legge n. 241 del 2006 – Condanna per reato permanente contestato in forma "aperta" – Fase esecutiva – Verifica in concreto della data di cessazione della condotta criminosa – Necessità – Fattispecie.

Ai fini della revoca dell'indulto ex art. 3, legge 31 luglio 2006, n. 241, disposta in relazione alla commissione, nel quinquennio successivo alla entrata in vigore della citata legge, di un reato permanente contestato in forma "aperta", il giudice dell'esecuzione, qualora la sentenza di condanna non specifichi la data di cessazione della condotta criminosa, è tenuto ad effettuare tale accertamento attraverso l'analisi degli elementi emersi nel giudizio di merito. (Nella specie, la Corte ha annullato l'ordinanza di revoca dell'indulto in relazione a condanna per reato associativo contestato in forma aperta, nella quale il giudice dell'esecuzione, ritenendo la permanenza cessata alla data della sentenza di primo grado, non aveva considerato l'epoca cui si riferivano le prove raccolte carico del condannato, né la sua attività di collaborazione con la giustizia, iniziata nel 2005 con conseguente fuoriuscita dalla organizzazione criminale).

Cass., sez. 1, sentenza 5 febbraio 2019, n. 10567
(dep. 11 marzo 2019), Rv. 274877
Pres. Di Tomassi, Rel. Minchella, Imp. Mucci, P.M. De Masellis (Diff.)
Annulla con rinvio, Corte Appello Napoli

Pena – Estinzione (cause di) – Riabilitazione – Impossibilità di adempimento delle obbligazioni civili – Onere della prova a carico del condannato – Elementi oggettivi – Necessità – Ragioni.

In tema di riabilitazione, la dimostrazione, spettante al condannato, dell'impossibilità di adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato deve fondarsi su dati oggettivi, relativi agli introiti disponibili e al carico familiare, e non può ritenersi raggiunta con un'autocertificazione generica, di contenuto valutativo, con la quale si faccia riferimento a un concetto di sufficienza delle entrate limitata al mantenimento della famiglia, implicante un giudizio meramente soggettivo che non consente al tribunale un controllo di conformità al vero.

Cass., sez. 1, sentenza 7 novembre 2018, n. 10556
(dep. 11 marzo 2019), Rv. 274887
Pres. Tardio, Rel. Di Giuro, Imp. Teardo, P.M. Galli (Conf.)
Rigetta, Trib. Sorveglianza Genova

Persona giuridica – Società – Reati societari – Reato di impedito controllo – Elemento materiale – Condotta ostruzionistica diretta ad impedire il controllo del socio sulla gestione d'impresa – Reato – Sussistenza.

Il reato di impedito controllo di cui all'art. 2625, comma secondo, cod. civ. può essere integrato anche da condotte meramente ostruzionistiche tese a impedire o ad ostacolare la partecipazione del socio all'assemblea ovvero dal reiterato e consapevole diniego, anche non esplicitamente manifestato, di fornire al socio, che ne abbia fatto ripetuta richiesta, la documentazione necessaria al controllo della gestione dell'impresa.

Cass., sez. 5, sentenza 11 febbraio 2019, n. 13803
(dep. 29 marzo 2019), Rv. 274964
Pres. De Gregorio, Rel. Borrelli, Imp. Sepe, P.M. Picardi (Parz. Diff.)
Dichiara inammissibile, Corte Appello Milano

Reati contro la fede pubblica – Delitti – Falsità in atti – Falsità ideologica – Falsa dichiarazione trasfusa in un atto notarile – Delitti di cui agli artt. 483 e 48, 479 cod. pen. – Esclusione – Ragioni.

Non integra il delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico, né quello di falso ideologico in atto pubblico per induzione in errore del pubblico ufficiale la condotta di chi dichiara falsamente in un atto notarile di compravendita di un bene immobile che lo stesso non è sottoposto a sequestro, in quanto l'atto nel quale la dichiarazione è trasfusa non è destinato a provare la verità del fatto attestato, in assenza di una norma giuridica che obblighi il privato a dichiarare il vero e ricollegli specifici effetti all'atto-documento in cui la dichiarazione del predetto è stata inserita dal pubblico ufficiale ricevente.

Cass., sez. 5, sentenza 15 gennaio 2019, n. 14382
(dep. 02 aprile 2019), Rv. 274965
Pres. Miccoli, Rel. Sessa, Imp. PMT c/ Mazzanti, P.M. Epidendio (Conf.)
Rigetta, Trib. Libertà Firenze

Reati contro l'incolumità pubblica – Contravvenzioni – Omissione di lavori in edifici o altre costruzioni che minacciano rovina – Responsabilità del chiamato all'eredità – Sussistenza – Ragioni.

In tema di omissione di lavori in costruzioni che minacciano rovina, sussiste l'obbligo giuridico alla conservazione dell'edificio anche a carico dei chiamati all'eredità, in funzione della loro relazione con il bene pericolante, sia pure in via provvisoria e salva diversa ripartizione degli oneri economici in sede civilistica.

Cass., sez. 1, sentenza 7 novembre 2018, n. 10549

(dep. 11 marzo 2019), Rv. 27488

Pres. Tardio, Rel. Liuni, Imp. Fiore, P.M. Picardi (Conf.)

Dichiara inammissibile, Trib. Sez. Dist. Terracina

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Procedimento – Diversa qualificazione della categoria di pericolosità sociale rispetto a quella indicata in proposta – Violazione del principio di correlazione – Esclusione – Condizioni.

Nel procedimento di prevenzione, non si configura una violazione del principio di correlazione tra contestazione e decisione qualora il provvedimento applicativo della misura ritenga sussistente una categoria di pericolosità sociale diversa da quella indicata nella proposta (nella specie, la pericolosità generica in luogo di quella qualificata ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), purché la nuova definizione giuridica sia fondata sui medesimi elementi di fatto posti a fondamento della proposta, in relazione ai quali sia stato assicurato alla difesa un contraddittorio effettivo e congruo. (In motivazione la Corte ha, altresì, escluso l'applicabilità nel procedimento di prevenzione dei principi affermati dalla Corte Edu nella sentenza Drassich c. Italia del 11 dicembre 2007 e, dunque, la necessità che la difesa sia chiamata ad interloquire sulla diversa qualificazione della categoria di pericolosità sociale).

Cass., sez. 1, sentenza 5 febbraio 2019, n. 8038

(dep. 22 febbraio 2019), Rv. 274915

Pres. Di Tomassi, Rel. Aliffi, Imp. Manauero, P.M. De Masellis (Parz. Diff.)

Annulla con rinvio, Corte Appello Napoli

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Minaccia: elementi caratterizzanti – Condotta punibile

(art. 612 c.p.)

Il reato di minaccia richiede che l'agente ponga in essere, attraverso espressioni verbali ovvero con gesta esplicite o tacite, una condotta univocamente idonea ad ingenerare nel soggetto passivo il pericolo futuro di un danno ingiusto alla persona o al patrimonio, dipendente dalla volontà dell'agente e capace di turbarne o limitarne la libertà psichica di autodeterminazione. È sufficiente il dolo generico ovvero sia la mera coscienza e volontà di minacciare ad altri un danno ingiusto indipendentemente dal fine specifico che il soggetto intende perseguire ed a prescindere dai motivi che lo hanno indotto all'azione. Non è, peraltro necessario che il bene tutelato dalla norma incriminatrice sia realmente leso e che il soggetto passivo si sia sentito effettivamente intimidito, essendo sufficiente che il male prospettato sia potenzialmente idoneo ad incutere timore nel soggetto passivo e che la minaccia sia stata percepita dalla vittima e sia astrattamente idonea ad incidere sulla sua sfera di libertà morale, dovendosi valutare la condotta nella sua attitudine a produrre effetti intimidatori, secondo un criterio medio ed in relazione alle concrete circostanze del fatto oggettive e soggettive.

Tribunale Nola, G.M. Martucci di Scarfizzi, sentenza 18 marzo 2019, n. 808

Misure di sicurezza personali: applicazione in presenza di un vizio di mente – Automatismo – Esclusione

(art. 219 c.p.)

In tema di applicazione di una misura di sicurezza detentiva, per effetto di ripetute decisioni della Corte Costituzionale vale il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al Giudice di disporre comunque la misura detentiva, senza considerare l'eventuale idoneità di una misura non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal Giudice medesimo ad arginare la pericolosità del soggetto e a garantirne la cura adeguata.

Tribunale Nola, G.U.P. Critelli, sentenza 27 marzo 2019, n.90

Pornografia minorile: nozione materiale pedopornografico

(600-ter c. 1 n. 1 c.p.)

Con la espressione materiale pedopornografico si intende la rappresentazione con qualsiasi mezzo atto alla conservazione, di atti sessuali espliciti coinvolgenti soggetti minori di età, oppure di organi sessuali di minori con modalità tali da rendere manifesto il fine di causare concupiscenza od ogni altra pulsione di natura sessuale.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090, Pres. Gentile, Est. Ricciardelli

Pornografia minorile: condotta di produzione – Utilizzazione del minore – Consenso – Irrilevanza

(art. 600-ter c. 1 n. 1 c.p.)

Per la consumazione del delitto in parola occorre, poi, che per la produzione di materiale pornografico venga utilizzato un soggetto minore di anni diciotto – a prescindere da qualsiasi finalità lucrativa o commerciale. La condotta di produzione di materiale pornografico attraverso l'utilizzazione del minore richiede come presupposto logico, prima ancora che giuridico, una alterità soggettiva tra il produttore ed il soggetto rappresentato. Tale alterità non può ravvisarsi nella sola ipotesi in cui il materiale sia stato realizzato dallo stesso minore in modo autonomo e soprattutto non indotto o costretto. Diversamente ragionando, e quindi non richiedendo tale alterità soggettiva, verrebbe automaticamente a mancare l'elemento dell'utilizzazione del minore che, ad oggi, rappresenta il discrimen tra le condotte lecite e quelle penalmente rilevanti. Nel concetto di utilizzazione del minore rientrano tutte quelle condotte di strumentalizzazione

del minore, in cui costui da soggetto dotato di libertà e dignità sessuali diventa strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri o per il conseguimento di utilità di vario genere. Ne consegue che alcun rilievo assume l'eventuale prestazione di un consenso da parte del minore, che non vale dunque a rendere penalmente neutra la condotta.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090, Pres. Gentile, Est. Ricciardelli

Pornografia minorile: produzione materiale pedopornografico – Posizione supremazia dell'agente rispetto al minore – Valutazione – Necessità

(art. 600-ter c.p.)

Al fine di valutare se una condotta di produzione di materiale pedopornografico sia penalmente rilevante si deve, dunque, valutare l'eventuale posizione di supremazia del soggetto agente rispetto al minore, le modalità con cui il materiale pornografico è prodotto, l'età dei minori coinvolti, nel caso in cui questa sia inferiore a quella del consenso sessuale o ancora, l'eventuale fine commerciale che muove l'agente. L'elemento determinante ai fini della sussistenza del delitto di cui all'art. 600-ter c.p., dunque, non è il consenso del minore, ma l'utilizzazione dello stesso, che può essere esclusa solo all'esito di una scrupolosa valutazione da compiere caso per caso.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090, Pres. Gentile, Est. Ricciardelli

Ricettazione: consapevolezza della provenienza del bene – Accertamento – Criteri

(art. 648 c.p.)

Per la configurabilità del delitto di ricettazione non è indispensabile che la consapevolezza circa la provenienza illecita del bene si estenda alla precisa e completa conoscenza delle circostanze di tempo, modo e luogo del reato presupposto, visto che la prova dell'elemento soggettivo del reato può trarsi anche da fattori indiretti, qualora la loro coordinazione logica sia tale da consentire l'inequivoca dimostrazione della malafede. La consapevolezza della provenienza illecita può inoltre, desumersi anche dalla qualità delle cose, nonché dagli altri elementi considerati dall'art. 712 c.p. in tema di incauto acquisto, purché i sospetti sulla res siano così gravi ed univoci da generare in qualsiasi persona di media levatura intellettuale, e secondo la comune esperienza, la certezza che non possa trattarsi di cose legittimamente detenute da chi le offre.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 9 gennaio 2019, n. 54

Ricettazione: elemento soggettivo- Giustificazioni da parte dell'imputato – Rilevanza

(art. 648 c.p.)

Ai fini della configurabilità del reato di ricettazione, la prova dell'elemento soggettivo può essere raggiunta anche sulla base della omessa o non attendibile indicazione della provenienza della cosa ricevuta. È infatti onere dell'imputato fornire una giustificazione plausibile relativamente alle modalità di acquisizione della res oggetto del reato di ricettazione, in assenza della quale possono ricavarsi elementi di prova della sua colpevolezza in ordine alla provenienza delittuosa del bene sulla base del solo possesso dello stesso. Deve ritenersi, infatti, senza con ciò stravolgere i principi generali che governano nella materia processual-penalistica la distribuzione tra le parti dell'onere della prova, che incomba sull'imputato, raggiunto da indizi connotati dai necessari caratteri di gravità, precisione e concordanza, l'onere di dimostrare o, se non altro, allegare la sussistenza di elementi di segno contrario, atti a minare l'attendibilità di quelli raccolti a suo carico.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 9 gennaio 2019, n. 54

Ricettazione: mancata giustificazione plausibile del possesso della res furtiva – Sussistenza del reato

(art. 648 c.p.)

Risponde del reato di ricettazione l'imputato che, trovato nella disponibilità di refurtiva di qualsiasi natura, in assenza di elementi probatori indicativi della riconducibilità del possesso alla commissione del furto, non fornisca una spiegazione attendibile dell'origine del processo.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 9 gennaio 2019, n. 54

Recidiva: esclusione – discrezionalità del Giudice

(art. 648 c.p.)

In materia di recidiva, è dovere del Giudice, una volta stabilito che la stessa sia stata correttamente contestata, verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, escludendo l'aumento di pena, ove non ritenga che dal nuovo delitto possa desumersi una maggiore capacità delinquenziale.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 9 gennaio 2019, n. 54

Truffa: identità tra persona indotta in errore e persona offesa – Necessità – Esclusione

(art. 640 c.p.)

L'integrazione del reato di truffa non implica affatto la necessaria identità fra la persona indotta in errore e la persona offesa, e cioè titolare dell'interesse patrimoniale leso, ben potendo la condotta fraudolenta essere indirizzata a un soggetto diverso dal titolare del patrimonio, sempre che sussista il rapporto causale tra induzione in errore e gli elementi del profitto e del danno.

Tribunale Nola, G.M. Lupo, sentenza 31 gennaio 2019, n. 283

Vizio parziale di mente – Dolo: compatibilità

(art. 89 c.p.)

Sussiste piena autonomia tra il vizio parziale di mente ed il dolo, atteso che l'imputabilità, quale capacità di intendere e volere e la colpevolezza, quale coscienza e volontà del fatto illecito, costituiscono nozioni autonome ed operanti su piani diversi, sebbene la prima, quale componente naturalistica della responsabilità, debba essere accertata con priorità rispetto alla seconda; non solo: è la stessa legge che, configurando il vizio parziale di mente come mera circostanza attenuante e non come causa di esclusione della imputabilità, sottintende che il seminfermo possa essere ritenuto responsabile dei fatti commessi, tanto da prevedere una causa di attenuazione della pena.

Tribunale Nola, G.U.P. Critelli, sentenza 27 marzo 2019, n. 90

Turbativa di gara: condotte rilevanti – Nozione di mezzi fraudolenti – Ratio legis – Casistica

(art. 353 c.p.)

La fattispecie incriminatrice indica come condotte rilevanti – se funzionali a turbare la gara – oltre alla violenza, alla minaccia, all'offerta di doni o promesse o alle collusioni, anche il ricorso ad "altri mezzi fraudolenti". Considerato che l'espressione mezzi fraudolenti richiama il concetto di frode e dunque, secondo il linguaggio comune, qualsiasi inganno o artificio con cui si sorprende l'altrui buona fede, si deve ritenere che anche la falsa dichiarazione del possesso di requisiti di partecipazione alla gara, idonea ad alterare il regolare funzionamento della gara stessa inducendo in errore la commissione giudicatrice sulla sussistenza dei requisiti di ordine generale, integri il delitto ascritto. Deve escludersi invece che il concetto di "mezzi fraudolenti" richieda un quid pluris rispetto al mero mendacio. Depone in tal senso il dato letterale ed in particolare la genericità della formula scelta dal legislatore, che appare anche più ampia rispetto alla nozione di "raggiri o artifici" richiesta per il delitto di truffa di cui all'art. 640 c.p., il che autorizza a ricondurre alla fattispecie prevista dall'art. 353 c.p. qualsiasi strumento o anche irregolarità che impedisca o alteri il libero confronto delle offerte nell'ambito di una gara pubblica o di una licitazione privata.

Proprio il raffronto della fattispecie incriminatrice in parola con il delitto di truffa offre un ulteriore argomento a favore della interpretazione proposta. Se infatti, per la pacifica giurisprudenza di legittimità, anche la semplice menzogna e addirittura il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze è qualificabile come condotta fraudolenta penalmente rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di truffa, a maggior ragione, nulla pare ostare all'integrazione del delitto di turbata libertà degli incanti in caso di falsa dichiarazione sostitutiva ad opera del partecipante alla gara. In questa direzione sembra essersi espressa la S.C. che ha ritenuto configurabile il delitto di cui all'art. 353 c.p. anche in caso di presentazione di una documentazione ideologicamente mendace per dimostrare la sussistenza dei requisiti necessari all'aggiudicazione, dettando un principio di diritto che è del tutto estensibile al caso che ci occupa in cui la falsità ha riguardato non un documento allegato ma la dichiarazione del partecipante sulla sussistenza dei requisiti di ordine generale. Non osta a questo indirizzo interpretativo un diverso arresto giurisprudenziale con cui i giudici di legittimità hanno escluso la configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti nell'ipotesi di deposito di una documentazione viziata da falsità materiale, quando la stessa sia oggettivamente inidonea a dare luogo all'ulteriore sviluppo dell'iter procedimentale della gara, il principio enunciato infatti asserisce non l'inidoneità in linea generale del falso documentale a costituire mezzo fraudolento, bensì l'inidoneità del documento mendace intrinsecamente privo di attitudine a produrre effetti sulla gara.

Tribunale Nola, G.M. Luzzi, sentenza 8 gennaio 2019, n. 28

Vizio parziale mente: comparazione con altre circostanze aggravanti – Previsione ed ammissibilità

(art. 89 c.p.)

Il vizio parziale di mente può essere ritenuto equivalente rispetto alla recidiva giacché la patologia che affligge l'imputato è un elemento che può fare da contrappeso alla valenza dei precedenti penali. In tal senso anche la S.C. si è espressa sancendo in più occasioni che la natura di circostanza attenuante del vizio parziale di mente implica che esso possa essere coinvolto in un giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 c.p.

Tribunale Nola, G.U.P. Critelli, sentenza 27 marzo 2019, n.90

CODICE PROCEDURA PENALE

Utilizzabilità: dichiarazioni rese da persona possibile coindagata – Limiti di utilizzabilità

(art. 63 c.p.p.)

Le dichiarazioni rese dinanzi alla P.G. od all'A.G. da una persona non sottoposta ad indagini, ed aventi carattere autoindiziante, non sono utilizzabili, per violazione dell'art. 63 c.p., solo contro chi le ha rese, ma sono pienamente utilizzabili contro i terzi, in relazione ai quali la sanzione processuale della inutilizzabilità prevista dall'art. 63 c.1 c.p.p. non opera. In questi casi, infatti, prevale la qualità di teste-persona offesa del reato in relazione al quale si indaga rispetto a quella di possibile coindagato in reato connesso.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090, Pres. Gentile, Est. Ricciardelli

Valutazione della prova: dichiarazioni della p.o. – Riscontro – Necessità – Esclusione

(art. 192 c.p.p.)

Le dichiarazioni della p.o. non necessitano di alcun tipo di riscontro esterno, pur dovendo essere oggetto di un più rigoroso vaglio in punto di attendibilità attesi gli interessi, anche economici, che possono muovere la stessa. Trova quindi applicazione la norma generale espressa dall'art. 192 c. 1 c.p.p. che è quella del libero convincimento del giudice, il quale può ritenere che sussista il fatto riferito dal teste per il solo fatto che il teste glielo rappresenta.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090, Pres. Gentile, Est. Ricciardelli

LEGGI PENALI SPECIALI

Misure di prevenzione: sorveglianza speciale – Modifiche e successioni di legge

(art. 9 L. 1423/56)

L'art. 9 della Legge 1423/56 (ora trasfuso nell'art. 75 d.lgs. 159/2011 come contestato) sanziona la condotta di chi, sottoposto alla sorveglianza speciale, contravviene alle prescrizioni imposte dal Tribunale in sede di provvedimento di applicazione delle misure di prevenzione. La fattispecie di cui al I comma del citato articolo ha natura di reato contravvenzionale, mentre è sanzionata più gravemente nei casi di pericolosità qualificata del soggetto, ovvero sia quando alle comuni imposizioni prescritte al sorvegliato speciale si aggiunga quella – specializzante – dell'obbligo o del divieto di dimora. All'esito della entrata in vigore del Decreto Legge 27/07/2005 nr. 144 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 27.07.2005 nr. 173) convertito con modificazioni dalla Legge 31/07/2005 nr. 155 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 1.08.2005 nr. 177 cd. Pacchetto antiterrorismo), la violazione delle prescrizioni accessorie inerenti alla sorveglianza speciale caratterizzata dall'obbligo o divieto di soggiorno non rientra più nell'ipotesi contravvenzionale bensì è stata inglobata in quella delittuosa di cui al 2 comma dell'art. 9 Legge 1423/56. Ne consegue che il delitto concerne non solo la inosservanza in sé dell'obbligo o divieto di soggiorno ma si estende anche alle violazioni delle prescrizioni accessorie diverse, purché commesse dal sorvegliato speciale gravato dall'obbligo o divieto di soggiorno, sebbene gli obblighi del soggiorno non siano stati nella specie violati. Anche all'esito della entrata in vigore del d.lgs. 6.9.2011 nr. 159, il panorama normativo è rimasto invariato. Invero, l'art. 75 del citato decreto legislativo ripropone integralmente il contenuto del precedente art. 9 della Legge 1423/56 stabilendo che il contravventore agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno; se l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza ed in tal caso gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria possono procedere all'arresto anche fuori dei casi di flagranza. Ai fini della configurabilità del reato previsto dalla L. nr. 1423 del 1956, art. 9 (ora art. 75 d.lgs. 159/2011), assumono valenza le prescrizioni imposte al sorvegliato speciale che hanno lo scopo di rafforzare l'obbligo di osservare tutte le norme funzionalmente idonee a contenerne la pericolosità sociale: in tale prospettiva si può fare sicuro riferimento a qualsiasi comportamento idoneo a integrare gli estremi di un altro reato o di un illecito amministrativo, che contrasti con tale finalità.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 21 maggio 2018, n. 6720

Diritto amministrativo

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	284
a cura di Almerina Bove	



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 - Perdita di chance - Danno attuale e risarcibile - Onere probatorio - Valutazione equitativa

Il pregiudizio per perdita di chance di aggiudicazione di un appalto pubblico (nelle ipotesi in cui è ammesso) consiste in un danno patrimoniale relativo alla perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo secondo una valutazione ex ante collegata al momento in cui il comportamento illegittimo ha inciso su tale possibilità. La perdita di chance si configura quindi come danno attuale e risarcibile, sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni. Ne consegue, altresì, che alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. diretta a fronteggiare l'impossibilità di provare non l'esistenza del danno risarcibile, bensì del suo esatto ammontare.

Cons. di Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, Pres. F. Caringella, Est. C. Contessa

Causa di esclusione - Inadempimenti contrattuali - Negligenza dell'operatore economico - Fiducia

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs 50 del 2016 la stazione appaltante può escludere dalla gara l'operatore economico che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. L'elemento che caratterizza tale causa ostativa è il pregiudizio arrecato, a causa della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali, alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell'impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include, di conseguenza, presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante.

T.A.R. Salerno, sez. I, 08 febbraio 2019, n. 243, Pres. F. Riccio, Est. A. Fontana

Criteri di selezione - Massimo ribasso - Caratteristiche del servizio - Elevata ripetitività - Prestazioni standardizzate - Obbligo di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Il criterio del massimo ribasso può essere seguito in riferimento ad un servizio caratterizzato da "elevata ripetitività" o qualificabile come "servizio con caratteristiche standardizzate il cui costo è assorbito per la quasi totalità dalle retribuzioni del personale"; il rapporto, nell'ambito dell'art. 95 del d.lgs.50/2016, tra il comma 3 (che disciplina i casi di esclusivo utilizzo del generale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del residuale criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi e non aventi natura tecnica), è di specie a genere. Pertanto, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 (servizi ad alta intensità di manodopera) sussiste un obbligo speciale di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

Cons. di Stato sez. V, 24 gennaio 2019, n. 605, Pres. R. Giovagnoli, Est. A. Rotondano

Esclusione legittima - Adesione alla definizione agevolata dei carichi fiscali successivamente alla data di presentazione della domanda di partecipazione - Deroga - Impegno al pagamento

Nell'ambito delle procedure di gara pubbliche, l'operatore economico concorrente che, successivamente alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto, abbia aderito alla definizione agevolata dei carichi fiscali, prevista dall'art. 6 d.l. 22 settembre 2016, n. 193 conv. in l. 21 dicembre 2016, n. 225, può essere escluso dalla gara se a quel tempo erano ancora pendenti i termini per l'adesione. L'impegno al pagamento previsto dall'art. 80, comma 4 del Codice, come deroga all'esclusione del concorrente non in regola con il pagamento di imposte o tasse può anche consistere nella richiesta di rateizzazione dei debiti tributari e nulla osta ad ammettere che siffatto impegno sia contenuto anche nell'adesione alla definizione agevolata dei carichi fiscali; in ogni caso, è inderogabile la prescrizione di formalizzazione dello stesso prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di

partecipazione alla procedura.

Cons. di Stato, sez. V, 02 gennaio 2019, n. 15, Pres. G. Severini, Est. R. Giovagnoli

Offerta – Raggruppamento temporaneo di impresa – La mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori è causa di esclusione

In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.

Cons. di Stato, Ad. Pl., 27 marzo 2019, n. 6, Pres. G. Severini, Est. O. Forlenza

Offerta anomala – Verifica di congruità – Non va effettuato il giudizio comparativo con altre offerte

La verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse.

Cons. di Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690, Pres. F. Caringella, Est. A. Bottiglieri,

Proposta di aggiudicazione – Atto endoprocedimentale – Non è ammessa impugnativa

La proposta di aggiudicazione non è impugnabile in quanto costituisce un atto endoprocedimentale, di cui specificamente non è ammessa l'impugnazione ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis c.p.a. ed è espressamente esclusa dal legislatore dal novero degli atti impugnabili con il rito appalti (sia esso "ordinario" o superspeciale).

T.A.R. Napoli, sez. V, 03 gennaio 2019, n. 28, Pres. S. Scudeller, Est. G. Caprini

Requisiti di partecipazione – Contratto di affitto di azienda di durata inferiore al contratto di appalto – Esclusione legittima

In caso di contratto di affitto di azienda o di un ramo di essa, utile ad acquisire i mezzi (e i requisiti) per partecipare alla procedura di gara, con una durata inferiore alla durata del contratto di appalto da eseguire, la stazione appaltante può legittimamente disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, non potendo fare affidamento sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara, e precisamente dalla scadenza del termine della domanda di partecipazione alla procedura e fino all'aggiudicazione, nonché, in seguito, per l'intera fase di esecuzione del contratto di appalto.

Cons. di Stato, sez. V, 04 febbraio 2019, n. 827, Pres. F. Franconiero, Est. F. Di Matteo

Revisione dei prezzi – Contenimento delle conseguenze economiche – Conformità ai principi e criteri generali

Alla luce della finalità di contenimento delle conseguenze economiche derivanti dall'alea gravante su entrambe le parti dell'appalto pubblico in caso di variazione dei prezzi, a tutela del loro reciproco affidamento, non apparirebbe conforme né ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. né ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità sanciti dall'ordinamento nazionale e comunitario, un'interpretazione che, una volta riconosciuta la revisione dei prezzi, dovesse parametrare i conseguenti effetti economici al dato del tutto astratto e teorico della prevista ripartizione nel tempo del prezzo inizialmente pattuito, anziché al dato concreto e puntuale dei compensi effettivamente corrisposti, quali risultanti dalla relativa fatturazione, nel periodo considerato ai fini del calcolo della variazione del prezzo del servizio o della fornitura, a maggior ragione qualora i prezzi corrisposti per le prestazioni oggetto del contratto di appalto non siano fisse, bensì variabili a seconda delle prestazioni effettivamente rese.

Cons. di Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n.1980, Pres. L. Balucani, Est. R. Sestini

Risarcimento da (mancato) affidamento – Elemento soggettivo – È possibile prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore

In materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, in quanto il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria. Le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti comportano che qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento

in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione.

Cons. di Stato sez. V, 02 gennaio 2019, n.14, Pres. C. Saltelli, Est. R. Giovagnoli

Soccorso istruttorio – Principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti

Nell'ambito delle gare ad evidenza pubblica, il ricorso al soccorso istruttorio non è giustificato nei casi in cui lo stesso risulti in conflitto con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, considerato che ogni operatore economico deve sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione dell'offerta.

T.A.R. Salerno, sez. I, 20 febbraio 2019, n. 304, Pres. F. Riccio, Est. F. Maffei

Subappalto – L'incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti i subappaltatori preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione

È indubbio che la dichiarazione di subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni previste per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto; è altrettanto indubbio che l'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerta che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultimo rispetto alle prestazioni interessate dal subappalto.

Cons. di Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n.471, Pres. C. saltelli, Est. Stefano Fantini

Suddivisione in lotti – Principio derogabile – Motivazione adeguata

L'art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006. Tuttavia, nel nuovo regime, il principio della suddivisione in lotti può essere derogato attraverso una decisione adeguatamente motivata in quanto scelta discrezionale della stazione appaltante sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti.

Cons. di Stato sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1222, Pres. F. Frattini, Est. S. Cogliani

Diritto tributario

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 288
a cura di Maria Pia Nastri



Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Accertamento – Plusvalenza – Cessione immobiliare – Inattendibilità del prezzo di vendita – Stima dell'UTE – Insufficienza – Altri elementi indiziari – Necessità – Parziale identità delle compagini sociali e vincoli di parentela tra i soci delle società contraenti – Rilevanza

In tema di Imposte sui redditi d'impresa, per la determinazione della plusvalenza realizzata con la vendita di un immobile, è valsa sempre la regola secondo la quale occorre avere riguardo alla differenza fra il prezzo di cessione e quello di acquisto e non, come per l'imposta di registro, al valore di mercato del bene, essendo i principi relativi alla determinazione del valore di un bene che viene trasferito diversi a seconda dell'imposta da applicare. Ne consegue che le valutazioni effettuate dall'UTE, se non sono di per sé sufficienti a giustificare una rettifica in contrasto con le risultanze contabili, possono tuttavia essere vagliate e, ove concorrano con altre indicazioni documentali o presuntive, gravi, precise e concordanti (quale, di per sé, l'assoluta sproporzione tra corrispettivo dichiarato e valore di mercato dell'immobile), costituire elementi validi per la determinazione dei redditi da accertare. Nel caso di specie, oltre all'incongruenza del prezzo dichiarato rispetto al valore catastale e rispetto alla perizia prodotta dall'UTE, quale ulteriore indicazione presuntiva, viene evidenziata la parziale identità soggettiva delle compagini sociali nonché i rapporti di parentela sussistenti tra i rispettivi soci delle società contraenti, tali per cui le parti fossero sostanzialmente riconducibili ad un unico centro di interessi. La combinazione dei descritti elementi presuntivi è stata ritenuta idonea ad integrare la pretesa, essendo dotati, nella loro sintesi, dei caratteri della gravità, precisione e concordanza.

Cass., sez. V., 13 febbraio 2019, ord. n. 4209 - Pres. S. Del Core, rel. L. D'Orazio.

IRES – Addizionale sui ricavi petroliferi – 'Robin Tax' – Limitazione temporale degli effetti della sentenza – Illegittimità costituzionale – Rimborso – Esclusione

Con l'articolo 81, commi 16-18, del Dl 112/2008, il legislatore aveva introdotto un'addizionale Ires per i settori petrolifero ed energetico (c.d. Robin tax) a carico di soggetti individuati sulla scorta di parametri relativi al volume di ricavi conseguiti e al reddito imponibile dichiarato. Tale disciplina è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza 11 febbraio 2015, n. 10. L'importanza della pronuncia in commento risiede nel fatto che essa contiene la più autorevole ri-sposta giurisprudenziale a due obiezioni sollevate da alcune sentenze di merito. Il primo profilo tratta del carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, da cui deriverebbe la rilevanza della sentenza anche nei procedimenti la cui decisione dipende dalla risoluzione della medesima questione. La Cassazione afferma che il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale opera unicamente nei confronti del giudizio a quo ai fini della prospettabilità della questione, e non anche nei confronti della Corte ad quem, quanto agli effetti della decisione sulla medesima. La seconda problematica attiene al contrasto fra motivazione e dispositivo. Secondo i Supremi Giudici nella sentenza della Consulta n. 10/2015, l'espressione contenuta nel dispositivo si riferisce non agli effetti caducatori, ma alla dichiarazione di illegittimità costituzionale stessa, accertata dal 12 febbraio 2015. La sentenza della Cassazione conferma che l'addizionale d'imposta è divenuta illegittima, con conseguente diritto al rimborso, solo a partire dal 12 febbraio 2015. Non vi è, quindi, motivo di chiedersi se la fattispecie tributaria, al momento della decisione, fosse ancora aperta o meno, come invece ritenuto nella sentenza impugnata e riformata, in quanto la "clausola" inserita dalla Corte costituzionale ha provveduto direttamente a escludere da tale illegittimità il passato, ossia le addizionali già corrisposte.

Cass., sez. VI, 18 dicembre 2018, ord. n. 32716 - Pres. E. Manzon, rel. G. Cricenti

IRES – Canoni da locazione di immobili gravati da vincolo storico o artistico – Reddito di impresa – Articolo 11, comma 2, L. n. 413 del 1999 – Principio di specialità della disciplina delle singole imposte dirette

I canoni prodotti dalla locazione di immobili riconosciuti di interesse storico o artistico ai sensi dell'art. 3 della L. n. 1089 del 1939, quando sono oggetto dell'attività dell'impresa, rappresentano ricavi che concorrono alla determina-

zione del reddito di impresa. In tal caso, infatti, non può trovare applicazione l'articolo 11, comma 2, L. n.413 del 1999, il quale stabilisce che il reddito degli immobili in questione è determinato mediante l'applicazione della minore tra le tariffe d'estimo previste per le abitazioni della zona censuaria nella quale è collocato il fabbricato. Con l'ordinanza in epigrafe, la Suprema Corte ribadisce che tale peculiare modalità di imposizione si riferisce solo al reddito fondiario, e trova la sua ratio nella indeducibilità dei costi di manutenzione (notevolmente più alti rispetto a quelli normalmente richiesti per altre tipologie di immobili) e nel vincolo che comprime la disponibilità del proprietario sul bene. Nel caso in cui, invece, gli immobili di interesse storico o artistico siano strumentali alla attività di impresa o costituiscano oggetto dell'impresa stessa, i relativi redditi costituiscono redditi di impresa, determinati sulla base dei ricavi conseguiti in contrapposizione ai correlativi costi, facendo venir meno la giustificazione del regime agevolativo previsto per i redditi fondiari. Nel caso di specie, la Cassazione accoglie le doglianze dell'Agenzia dell'Entrate, il cui silenzio rifiuto avverso istanza di rimborso per IRES versata in eccedenza era stato impugnato (con vittoria in primo e secondo grado) da una società immobiliare veneta, in relazione al reddito derivante dalla locazione di 17 immobili di interesse storico artistico.

Cass., sez V, 22 marzo 2019, ord. n. 8164 - Pres. P. Campanile, rel. M.M. Fracanzani

Reddito d'impresa – Procedure concorsuali – Deduzione dei costi – Sopravvenienze passive

In tema di imposte sui redditi d'impresa, il DPR n. 917 del 1986 (T.U.I.R.) all'art. 101, che prevede la deduzione delle sopravvenienze passive, quali componenti negative del reddito d'impresa, se risultano da elementi certi e precisi e, in ogni caso, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali, va interpretato nel senso che l'anno di competenza per operare la deduzione stessa deve coincidere con quello in cui si acquista certezza che il credito non può più essere soddisfatto, perché in quel momento si materializzano gli elementi "certi e precisi" della sua irrecuperabilità, in quanto, diversamente, si rimetterebbe all'arbitrio del contribuente la scelta del periodo d'imposta più vantaggioso per operare la deduzione, snaturando la regola espressa dal principio di competenza, che è criterio inderogabile ed oggettivo per determinare il reddito d'impresa.

Cass., sez. V, 1 marzo 2019, n. 6080 - Pres. E.L. Bruschetta, rel. G. Triscari

Giustizia contabile

PROBLEMI VECCHI E NUOVI DEL FONDO PLURIENNALE VINCOLATO	292
di Tiziano Tessaro	
LA <i>TRANSLATIO IUDICII</i> NEL GIUDIZIO CONTABILE, ALCUNI PROFILI APPLICATIVI. <i>Nota a Corte dei conti, Sezione III app., 14 dicembre 2018, n. 464</i>	299
di Berardino Bontempi	



Problemi vecchi e nuovi del fondo pluriennale vincolato

abstract

The recent jurisprudential findings, on the occasion of the financial control on the budgets of the local authorities, have shown that the institution of the multiannual bound fund, very often, is highly difficult or at the very least complicated to apply, impacting on the correct construction of the balanced budgets required Legislative Decree No. 267 of 18 August 2000 setting out the consolidated text of the laws on the structure of local authorities, with particular reference to Article 186.

As a result of the amendments made by 2019 Budget Law and Ministerial Decree on March 1st, 2019, the multiannual bound fund has maintained the diachronic characteristics aimed to “guarantee the balanced budgets during the periods between the acquisition and the use of the resources” (Constitutional Court, decision n. 6 of 2017): however, the news concerning the setting moment of the MBF (multiannual bound fund) (which goes from the start-up phase of the assignment of the work to the assignment of the planning after the minimum level) seems to be specular to the amendments dealing with the bound shares of the outcomes of the administration and it is functional to the wider use – even from a chronological perspective – of resources for investments, overcoming the procedural restrictions originally set by the accounting principles.

Even the remaining innovations introduced by the mentioned legislation prove the indefectibility of an adequate programming (as well as the continuous and constant updating of the investment schedules): it must necessarily regain a renewed centrality starting from the economic-financial feasibility study and planning, in order to avoid the elusive facts described in the jurisprudence here examined, such as the non-inclusion of the MBF on 1st January or the non-matching of the results compared to the previous year, or finally to the re-allocation of the residual liabilities covered by the multiannual bound fund, or similar cases referring to a fictitious period of time.

keywords

Multiannual Bound Fund – Schedules – Investments – Planning.

abstract

I recenti riscontri giurisprudenziali, in occasione del

controllo finanziario sui bilanci degli enti territoriali, hanno dimostrato che l'istituto del fondo pluriennale vincolato trova, assai spesso, ardua o quantomeno problematica applicazione, incidendo sulla corretta costruzione degli equilibri di bilancio contemplati dall'art. 186 del Tuel.

A seguito delle modifiche intervenute a seguito della legge di bilancio 2019 e del DM 1° marzo 2019, il Fondo pluriennale vincolato ha mantenuto le caratteristiche diacroniche volte “a garantire gli equilibri del bilancio nei periodi intercorrenti tra l'acquisizione delle risorse ed il loro impiego” (Corte costituzionale n. 6/2017): tuttavia, la novità afferente i tempi di costituzione del FPV (i quali passano dalla fase di avvio dell'affidamento dell'opera a quello dell'affidamento della progettazione successiva al livello minimo) appare specularmente alle modifiche attinenti le quote vincolate del risultato di amministrazione ed è funzionale all'utilizzo più ampio – anche sotto un profilo cronologico – di risorse per gli investimenti, superando le strette procedurali originariamente previste dai principi contabili.

Anche le restanti novità introdotte dalla normativa anzidetta dimostrano la indefectibilità di una adeguata programmazione (così come il continuo e costante aggiornamento dei cronoprogrammi degli investimenti): essa deve necessariamente ritrovare una sua rinnovata centralità già a partire dallo studio di fattibilità economico-finanziaria e della progettazione, al fine di evitare i fenomeni elusivi descritti dalla giurisprudenza qui esaminata, quali la mancata iscrizione del FPV al 1° gennaio ovvero il mancato allineamento dei valori rispetto all'esercizio precedente, o infine alla reimputazione dei residui passivi coperti dal fondo pluriennale vincolato, o fattispecie analoghe riferite ad un arco temporale fittizio.

parole chiave

Fondo pluriennale Vincolato – Cronoprogramma – Investimenti – Progettazione.

sommario

1. Premessa introduttiva. – **2.** Fondo pluriennale vincolato e momento previsionale. – **3.** Le modifiche introdotte dalla legge di bilancio 2019 e dal DM 1° marzo 2019. – **4.** La correlazione specularmente con la disciplina delle quote vincolate del risultato di amministrazione. – **5.** Le regole specifiche del fondo

pluriennale vincolato nel 2019. – 6. Le criticità maggiormente riscontrate dalla giurisprudenza contabile afferenti la corretta costruzione del fondo pluriennale vincolato. – 7. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva

Una serie di pronunce recenti della magistratura contabile di controllo, di cui si darà conto, ha dimostrato, confermando le conclusioni ricavate nei precedenti cicli di bilancio¹, come tra gli istituti contemplati dalla contabilità finanziaria di cui all'All. 4/2 al D.Lgs. n. 118/2011, quello relativo al Fondo Pluriennale Vincolato, che come noto “serve a garantire gli equilibri del bilancio nei periodi intercorrenti tra l'acquisizione delle risorse ed il loro impiego” (Corte costituzionale n. 6/2017), trovi, assai spesso, ardua o quantomeno problematica applicazione: tanto da aver richiesto nei fatti una espressa modifica da parte del legislatore, volta ad allargare le maglie di un istituto sicuramente complicato, ma anche di difficile “digestione”, soprattutto (ma non solo) da parte dei responsabili degli uffici tecnici, deputati all'attuazione del piano degli investimenti.

La criticità dell' istituto del fondo pluriennale vincolato, ove rilevata, riverbera naturalmente i suoi effetti - in ciò contemplata espressamente come voce di spesa dall'art. 186 del Tuel² - ai fini della costruzione degli equilibri di bilancio: di talché, ove vi sia una «omessa ed errata applicazione degli istituti del nuovo ordinamento contabile armonizzato», essa determina in concreto, come sottolineato da una prima pronuncia in rassegna, «una rendicontazione degli esercizi 2015 e 2016 totalmente inattendibile e preclusiva di un reale controllo sulla gestione finanziaria dell'ente»³ e di conseguenza «una grave irregolarità contabile».

A tale proposito, una ulteriore pronuncia in sede di controllo, qui all'esame, dopo aver sottolineato come, «in sede previsionale, è necessario verificare la corretta definizione del FPV in relazione agli effetti che lo stesso spiega sia sugli equilibri di bilancio che sul risul-

tato di amministrazione», soprattutto nel caso in cui «il FPV di spesa 2016 sia previsto pari a zero, come pure in entrata e spesa nei due successivi esercizi 2017 e 2018», ha messo opportunamente in evidenza «che la non corretta determinazione del FPV, al pari della sua mancata rappresentazione in bilancio, determina la violazione del principio di veridicità ove si ponga mente al fatto che il Fondo assolve alla funzione di garantire l'adempimento di obbligazioni «legittimamente assunte e in origine dotate di piena copertura finanziaria» (sentenza n. 247/2017 della Corte costituzionale), e che pertanto la non corretta iscrizione vizia il documento contabile della sua funzione essenziale, di veicolo trasparente di rappresentazione degli equilibri pregiudicando, altresì, il suo carattere di bene pubblico come ripetutamente affermato dalla Consulta (sentenza n. 184/2016)»⁴.

2. Fondo pluriennale vincolato e momento previsionale

Come noto, originariamente, il Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria di cui all'All. 4/2 al D.Lgs. n. 118/2011, al paragrafo 5.4, dedicato al Fondo Pluriennale Vincolato, prevedeva che possano essere finanziate dal Fondo medesimo «le spese riferite a procedure di affidamento attivate ai sensi dell'art. 53, comma 2, del citato decreto legislativo n. 163 del 2006, unitamente alle voci di spesa contenute nel quadro economico dell'opera (ancorché non impegnate)», specificando, poi, che per “procedure attivate” ai sensi dell'art. 53, comma 2, cit., debbano intendersi gli «affidamenti in economia o la pubblicazione del bando di gara, mentre nel caso di procedura negoziata senza pubblicazione di bando (...) si fa riferimento al momento in cui, ai sensi dell'art. 57 del D.lgs. 163/2006, gli operatori economici selezionati vengono invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta»⁵.

Le lamentate (da più parti) lungaggini procedurali connesse all'espletamento della gara d'appalto, e ancor prima prodromiche all'approvazione del progetto, che hanno indotto probabilmente in questi giorni tra l'altro il legislatore ad apportare l'ennesima modifica al Codice degli appalti⁶, influiscono senz'altro sulla determinazione del cronoprogramma e sulla corretta costituzione del Fondo pluriennale vincolato, proprio con riferimento ai momenti dell'approvazione del bando a base di gara per l'esecuzione del lavoro: così che, secondo le regole originariamente poste dal prin-

¹ Corte dei Conti, Sez. Aut, n. 4/2018.

² Art. 186 tuel 1. Il risultato contabile di amministrazione è accertato con l'approvazione del rendiconto dell'ultimo esercizio chiuso ed è pari al fondo di cassa aumentato dei residui attivi e diminuito dei residui passivi. Tale risultato non comprende le risorse accertate che hanno finanziato spese impegnate con imputazione agli esercizi successivi, rappresentate dal fondo pluriennale vincolato determinato in spesa del conto del bilancio.

³ Corte conti, Sezione Lombardia n. 16/2019/PRSP. Nello specifico, si evidenzia nella delibera in questione come nei rendiconti in esame figura anche un Fondo pluriennale vincolato di euro 500.000 che, secondo quanto ammesso dallo stesso ente a seguito del sopraccitato incontro istruttorio, è stato erroneamente costituito a fronte di un mutuo già rinegoziato con Cassa depositi e prestiti, per il quale è stato conservato a residui l'impegno originario. Si riferisce quindi che il FPV è stato cancellato nell'esercizio 2017 e che, con l'approvazione del rendiconto dell'esercizio 2018, si procederà alla cancellazione del residuo passivo, con contestuale iscrizione del relativo vincolo nel risultato di amministrazione.

⁴ Corte conti, Sezione Veneto, n.18/2019/PRSP.

⁵ Il Principio contabile è stato emanato anteriormente alla entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016) e nella vigenza del vecchio Codice (D.lgs. n. 163/2006), fa necessariamente riferimento alla precedente normativa e, in particolare, all'art. 53, comma 2, del D.lgs. n. 163/2006.

⁶ Decreto Legge 18/04/2019 n. 32.

cipio contabile, in assenza di aggiudicazione definitiva, le risorse confluiscono nell'avanzo di amministrazione e non vengono accantonate nel Fondo pluriennale vincolato, il cui scopo invece – come risultante dal D.Lgs. n. 118/2011 – è di offrire copertura alle obbligazioni e agli impegni legittimamente assunti dall'ente territoriale, in guisa che il vincolo pluriennale sia coerentemente rivolto alla conservazione delle risorse necessarie per onorare le relative scadenze finanziarie (Corte costituzionale, Sentenza n. 247 del 2017, Considerato diritto 9).

3. Le modifiche introdotte dalla legge di bilancio 2019 e dal DM 1° marzo 2019

Le difficoltà afferenti l'applicazione in concreto del principio qui enunciato (ed in particolare di quello che individuava come momento procedimentale significativo per la imputazione al Fondo Pluriennale Vincolato della spesa, la selezione del contraente privato, identificato, come detto, in via esemplificativa, con la pubblicazione del bando, nelle procedure che prevedano tale adempimento, e con l'invio della lettera di invito, per le procedure negoziate senza pubblicazione del bando), hanno indotto il legislatore a emendare la originaria disciplina, apportandovi significative modifiche introdotte, in particolare, dall'art. 1, commi 909 e 910, della L. n. 145/2018 e dal DM 1° marzo 2019: le nuove fattispecie, come si dirà tra poco, allentano in buona sostanza i vincoli per l'accantonamento a fondo pluriennale vincolato dell'intero quadro economico progettuale degli investimenti.

In precedenza, peraltro, il legislatore aveva già provveduto ad introdurre la novità – a partire dal 2018 (decreto ministeriale 29.08.2018) – del fondo pluriennale vincolato per attività finanziarie, nel caso di entrate del titolo quinto destinate al finanziamento di spese imputate al titolo terzo, accertate e imputate agli esercizi precedenti a quelli di imputazione delle relative spese: novità che insiste ora sull'impianto originariamente delineato dal principio contabile generale della competenza finanziaria, a mente del quale il fondo pluriennale vincolato è formato non solo da entrate destinate al finanziamento di investimenti, ma anche da entrate correnti vincolate, riferite a fattispecie ben definite dal principio contabile, accertate e imputate agli esercizi precedenti a quelli di imputazione delle relative spese⁷.

Peraltro, la natura "identitaria univoca" del fondo

pluriennale vincolato (Corte cost., sentenza n. 247 del 2017) trova, a causa delle ben più consistenti modifiche (di cui si darà ora conto) introdotte dall'art. 1, commi 909 e 910, della legge n. 145/2018 e dal DM 1 marzo 2019 – valevoli a partire dal 01.01.2019 ed in occasione del riaccertamento ordinario – una sua diversa fisionomia, ancorché coerente comunque con le coordinate di fondo dell'istituto, la cui disciplina è assolutamente astretta dalla finalità di conservare la copertura delle spese pluriennali (Corte cost., sentenza n. 247 del 2017): così che esso, da un punto di vista genetico, è costituito da risorse accertate, destinate al finanziamento di obbligazioni passive dell'Ente già impegnate, ed esigibili in esercizi successivi a quello in cui è accertata l'entrata (allegato 4/1, punto 9.8, del d.lgs. n. 118 del 2011) (Corte cost., sentenza n. 6 del 2017), mentre dal punto di vista funzionale «ove... le fonti di finanziamento si riferiscano a spese per le quali non sia stata perfezionata la relativa obbligazione giuridica, esse affluiscono al risultato di amministrazione (quota vincolata o destinata in prevalenza), per la relativa riprogrammazione» (Corte dei conti, del. n. 4/SEZAUT/2018/FRG).

Il profilo funzionale del Fondo pluriennale vincolato – «programmatorio e di controllo, volto a rappresentare e gestire, in modo responsabile e controllato, il divario temporale esistente tra il momento del reperimento delle entrate, di norma vincolate, e quello del loro utilizzo per il raggiungimento delle finalità istituzionali, legate all'esercizio delle funzioni fondamentali dell'Ente» (Corte dei conti, Sez. Aut, n. 4/2015 "Linee di indirizzo per il passaggio alla nuova contabilità delle Regioni e degli Enti locali (d.lgs. n. 118/2011, integrato e corretto dal d.lgs. n. 126/2014)" p. 6) – appare quindi immutato: purtuttavia, se la logica del sistema introdotto dal d.lgs. n. 118/2011 viene ad essere preservata, nondimeno il legislatore, riconosce ora, per la prima volta dopo 4 anni dall'avvio della contabilità armonizzata, la possibilità di attivare il FPV anche per le spese concernenti il livello minimo di progettazione esterna di importo pari o superiore a quello previsto dall'art. 36, c. 2, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, a condizione che, entro il 31 dicembre di ciascun anno, siano state formalmente attivate le relative procedure di affidamento (sottolineando peraltro come, in assenza di aggiudicazione definitiva entro l'esercizio successivo, le risorse impegnate ma non ancora accertate – cui il FPV si riferisce – confluiscono nell'avanzo di amministrazione per la riprogrammazione dell'intervento).

Le modifiche apportate dal DM 1° marzo 2019, anticipano pertanto i tempi di costituzione del FPV, i quali passano dalla fase di avvio dell'affidamento dell'opera a quello dell'affidamento della progettazione successiva al livello minimo.

⁷ Sul punto specifico, cfr. Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Molise DELIBERAZIONE n.118/2018/PRSP, che sottolinea le complesse modalità di contabilizzazione e di imputazione delle risorse destinate al fondo per il trattamento accessorio a seconda delle ipotesi di mancata costituzione del fondo stesso, o di costituzione del fondo senza definizione dell'iter approvativo del contratto decentrato che destina le risorse o di avvenuta conclusione nell'esercizio dell'intero iter procedimentale descritto, facendo rinvio al parere reso con deliberazione n. 218/2015/PAR.

4. La correlazione speculare con la disciplina delle quote vincolate del risultato di amministrazione

La novità normativa va posta in stretta correlazione, quasi speculare, con la rigorosa disciplina desumibile dalla formazione delle quote vincolate del risultato di amministrazione e del loro utilizzo.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza, partendo dalla considerazione generale secondo cui la copertura delle spese per rispondere ai canoni dell'articolo 81 della Costituzione (Corte cost., sentenza n. 89/2017) deve essere credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, ha ritenuto che in caso di disavanzo, le quote vincolate del risultato di amministrazione sono esse stesse un debito da onorare e non certamente una copertura (Corte cost., sentenze n. 70, 89 e 192 del 2017).

Ciò significa, secondo l'indirizzo interpretativo fornito dalla Consulta, che in caso di disavanzo permangono i vincoli per cui l'ente è tenuto a ottemperare attraverso il reperimento delle risorse necessarie per finanziare le finalità cui erano dirette le stesse entrate, poi rifluite nel risultato di amministrazione incapiente o negativo. Le sezioni regionali di controllo del Piemonte (delibera n. 134/2017), della Liguria (delibera n. 103/2018) e della Campania (delibere n. 249/2017 e 127/2018) nonché le sezioni riunite (sentenza n. 24/2018) hanno condiviso, nell'ultimo anno, tale orientamento ermeneutico, in coerenza con i principi informativi del nuovo sistema contabile e con quelli della giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 70 e n. 192/2017 sopra citate). In altri termini, nel caso di risultato di amministrazione negativo, l'Ente dovrà reperire ex novo le risorse necessarie a sostenere le spese cui erano originariamente destinate le entrate vincolate/accantonate nel risultato di amministrazione.

La L. n. 145/2018 (legge di bilancio 2019) – oltre a stabilire un diverso profilo cronologico di determinazione del fondo pluriennale vincolato, (art. 1, commi 909 e 910, e il DM 1° marzo 2019), volto ad evitare la perdita di destinazione di risorse ove non si verifici nell'esercizio il momento procedimentale significativo per la imputazione al Fondo Pluriennale Vincolato della spesa (pubblicazione del bando, nelle procedure che prevedano tale adempimento, o invio della lettera di invito, per le procedure negoziate senza pubblicazione del bando) – ha modificato in modo sostanziale la disciplina delle quote vincolate del risultato di amministrazione: in particolare, la legge di bilancio 2019 (art. 1, commi 897 e 898) ha previsto che (anche) per gli enti locali in disavanzo, le quote vincolate, accantonate e destinate del risultato di amministrazione, sono dotate di «copertura finanziaria». Ciò autorizza la loro applicazione al bilancio di previsione nella misura in cui:

- 1) il risultato contabile di amministrazione indicato nella lettera A) del prospetto riguardante il risultato di amministrazione al 31 dicembre dell'esercizio

precedente [Fondo di cassa 31/12 + Residui attivi – Residui passivi – Fondo pluriennale vincolato determinato in spesa del conto del bilancio], «al netto della quota minima obbligatoria accantonata nel risultato di amministrazione per il fondo crediti di dubbia esigibilità e del fondo anticipazione di liquidità», è positivo;

- 2) il disavanzo da recuperare è iscritto nel primo esercizio del bilancio di previsione.

Ne consegue che il margine di «copertura finanziaria» delle quote è dato o dal valore positivo del punto 1) a cui aggiungere l'importo del recupero del punto 2), oppure dal solo importo del punto 2) nel caso in cui il valore del punto 1) è negativo o uguale a zero.

La anzidetta novità normativa in tema di quote vincolate del risultato di amministrazione, appare quindi strettamente «imparentata» con la suaccennata modifica della disciplina del Fondo pluriennale vincolato: l'una e l'altra sono funzionali all'utilizzo più ampio – anche sotto un profilo cronologico – di risorse per gli investimenti superando le strettoie procedurali originariamente previste dai principi contabili.

5. Le regole specifiche del fondo pluriennale vincolato nel 2019

La novella ha rilevanti ripercussioni operative sul piano contabile: mentre in precedenza la mancata pubblicazione del bando, comportava senz'altro il mancato avvio dell'opera e la conseguente creazione di economie, ora, a evitare che tali risorse confluiscono nelle quote vincolate del risultato di amministrazione, è sufficiente l'impegno della sola spesa di progettazione per la creazione della relativa posta del fondo pluriennale vincolato. Tuttavia, negli esercizi successivi all'aggiudicazione, la conservazione del FPV è condizionato alla prosecuzione, senza soluzione di continuità, delle attività di progettazione riguardanti la realizzazione dell'opera. Pertanto, dopo l'aggiudicazione delle procedure di affidamento del livello di progettazione superiore al minimo, le risorse accantonate al FPV continuano ad essere conservate nel corso degli esercizi in cui gli impegni riguardanti i livelli di progettazione successivi sono liquidati o liquidabili, ovvero è validato il progetto destinato ad essere posto a base di gara concernente il livello di progettazione successivo o l'esecuzione dell'intervento ovvero attivate le procedure di gara o affidato l'incarico di progettazione.

Nel riferito quadro normativo, in cui il Fondo continua ad assolvere alla funzione di garantire l'adempimento di obbligazioni «legittimamente assunte e in origine dotate di piena copertura finanziaria» (Corte costituzionale n. 247/2017), e del quale gli enti hanno in conseguenza di ciò piena facoltà di gestire le correlate risorse, indipendentemente dalla sua collocazione in bilancio (Corte cost. sentenze n. 247/2017 e n. 101/2018), permane, anche se parzialmente modificata, la possibilità di attivare il FPV qualora en-

tro l'esercizio successivo alla validazione del progetto destinato ad essere posto a base di gara concernente l'esecuzione dell'intervento, siano state formalmente attivate le procedure di affidamento (pubblicazione bando di gara o avviso di indizione gara, avviso di preinformazione, invito a presentare le offerte, ecc.) con la conseguenza, però, che in assenza di aggiudicazione definitiva entro l'esercizio successivo, il FPV dovrà confluire nel risultato di amministrazione per la riprogrammazione dell'intervento.

Tra l'altro, sul piano applicativo le nuove regole di costituzione del FPV per le spese di progettazione comportano conseguenze anche sul versante della loro imputazione: le spese di progettazione dovranno essere contabilizzate al titolo II del bilancio (spese in conto capitale) e non al titolo I (spese correnti) e le spese di progettazione dovranno riguardare la progettazione esterna e non quella interna (in quest'ultimo caso trova applicazione la lettera e) del punto 5.4.9 del principio applicato concernente la contabilità finanziaria).

La nuova fisionomia del Fondo pluriennale vincolato emerge altresì dalla rinnovata disciplina dettata per le spese non ancora impegnate e relative agli appalti pubblici di lavori di cui all'art. 3 comma 1 lett. ll) del d.lgs. n. 50/2016 di importo pari o superiore a quello previsto dall'art. 36, c. 2, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016: esse possono essere conservate nel FPV a condizione che le entrate che finanziano l'intero investimento siano state interamente accertate, l'intervento – se di importo superiore ad € 100.000 –, risulti inserito nell'ultimo programma triennale dei lavori pubblici ed in alternativa o che le spese del quadro economico siano state impegnate per alcune fattispecie (acquisizione di terreni, espropri e occupazioni di urgenza, per la bonifica delle aree, per l'abbattimento delle strutture preesistenti, per la viabilità riguardante l'accesso al cantiere, per l'allacciamento ai pubblici servizi e per analoghe spese indispensabili per l'assolvimento delle attività necessarie per l'esecuzione dell'intervento da parte della controparte contrattuale) oppure siano state formalmente attivate le procedure di affidamento dei livelli di progettazione successivi al minimo.

Va sottolineato peraltro che, secondo la giurisprudenza sin qui formatasi, la pubblicazione dell'avviso di indagine di mercato prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. 50/2016,⁸ può ritenersi sufficiente a consentire il trasferimento al Fondo medesimo del

finanziamento oggetto di "prenotazione"⁹, in quanto individua per l'ordinamento vigente l'avvio della relativa procedura, analogamente alla pubblicazione del bando di gara e all'invio dell'invito a presentare le offerte (nelle procedure negoziate senza bando) ed assicurando, in mancanza dell'impegno di spesa (e, dunque, di un'obbligazione giuridicamente perfezionata), il necessario ancoraggio giuridico della copertura delle spese per lavori pubblici mediante il Fondo Pluriennale Vincolato; mentre «il solo versamento del contributo all'A.N.A.C. non è sufficiente per ritenere che la gara sia avviata poiché si tratta di un atto preliminare e prodromico che non ha valenza sostanziale e, quindi, le somme relative all'intervento previsto non possono confluire nel fondo pluriennale vincolato perché non si è in presenza di un'obbligazione giuridica perfezionata»¹⁰.

In definitiva, le nuove fattispecie introdotte dal DM 1° marzo 2019 in merito all'attivazione del FPV durante le fasi di progettazione se, da un lato, rendono più flessibile l'utilizzo dell'istituto del FPV in quanto limitano i casi in cui, alla fine dell'esercizio, l'accantonamento a FPV debba confluire nel risultato di amministrazione, dall'altro postulano, a loro volta, una rinnovata attenzione in sede di programmazione e puntuale gestione dell'investimento già a partire dalla progettazione.

6. Le criticità maggiormente riscontrate dalla giurisprudenza contabile afferenti la corretta costruzione del fondo pluriennale vincolato

La costruzione di un adeguato cronoprogramma della spesa (anche per quanto riguarda le fasi di progettazione e non solo di maturazione degli stati di avanzamento dell'intervento) e, in sintesi, l'efficace programmazione a ciò conseguente, dovrà peraltro inevitabilmente risentire – come indirettamente posto in evidenza dalla illustrata pronuncia della Sezione Veneto – delle sinergie e della necessaria collaborazione tra gli uffici lavori pubblici e finanziari: uffici che dovranno elevarsi ad artefici (arg. ex art. 147 quinquies del Tuel), «...in un'ottica di salvaguardia degli equilibri generali di competenza e di cassa sia del bilancio sia della gestione» (Corte dei conti, deliberazione n. 4/SEZAUT/2018/FRG), del continuo e costante aggiornamento dei cronoprogrammi degli investimenti già a partire dallo studio di fattibilità economico-finanziaria e della progettazione.

Appare intuibile come la modifica normativa introdotta con la L. 145/2018 e con il DM 1° marzo 2019 renda maggiormente palese l'esigenza di una corretta costruzione degli equilibri, già posta in evidenza dalla surriferita pronuncia della Sezione Lombardia¹¹, nell'ottica squisitamente diacronica dell'istituto volto

⁸ Il Dl n.32/2019 ha modificato l'art.36 comma 2, lettera b) del Dlgs 50/2016 : le parole "e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori" sono sostituite dalle seguenti: "e inferiore a 200.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici per i lavori".

⁹ Corte dei conti, Sez. controllo Veneto, n. 439/18.

¹⁰ Corte dei conti, Sez. contr. Lombardia, n. 104/2016/PAR.

¹¹ Corte dei conti, Sez. contr. Lombardia, n. 16/2019/PRSP.

a dare evidenza contabile e rilevanza giuridica (Corte cost., sentenza n. 6/2017) tra la realizzazione delle entrate e l'erogazione delle spese, potenzialmente influenzati dalla persistenza di fenomeni elusivi, quali la mancata iscrizione del FPV al 1° gennaio (come nel caso precedentemente descritto, al par. 1) ovvero il mancato allineamento dei valori rispetto all'esercizio precedente, o infine alla «reimputazione (...)» dei residui passivi coperti dal fondo pluriennale vincolato, o fattispecie analoghe riferite ad un arco temporale fittizio» (cel. n. 4/SEZAUT/2018/FRG, cit.).

Per ciò che concerne il primo caso, la pronuncia della Sezione Veneto più sopra richiamata rimarca, al riguardo, le perplessità che desta «la diffusa prassi che si sostanzia nel mancato inserimento, in sede di bilancio di previsione, di risorse sul FPV in entrata in attesa dell'approvazione del rendiconto di gestione dell'anno precedente e del relativo FPV di spesa, rinviando, pertanto ogni quantificazione a successive operazioni di variazione di bilancio nel corso della gestione. Tale prassi potrebbe indurre, ragionevolmente, a considerare che le spese pluriennali degli enti che se ne avvalgono vengano finanziate con specifiche entrate con carattere pluriennale o con mutui flessibili correlati ai tempi di realizzazione dell'investimento ove le relative risorse da acquisire siano a questo destinate. Infatti, l'attendibilità della capienza di risorse iscritte al FPV è strettamente legata alla capacità di programmazione dell'ente e, per quel che riguarda il fondo per investimenti, da una puntuale individuazione nei documenti di programmazione delle opere previste nel relativo Piano con l'importo complessiva della spesa e relativa distribuzione temporale. Tuttavia, potrebbero verificarsi ipotesi nelle quali pur in presenza di una puntuale programmazione le informazioni per la costituzione del FPV non siano disponibili come per esempio ove le risorse da destinare al finanziamento degli investimenti derivino da contributi erogati a "rendicontazione". In tali circostanze ove non si verta nelle ipotesi nelle quali l'allegato 4/2 al d.lgs 118/2011 consente di stanziare nel primo esercizio in cui si preveda l'avvio dell'investimento della relativa spesa, sorge il ragionevole dubbio che il ricorso alla prassi sopra richiamata potrebbe trarre origine da carenza di programmazione da parte dell'ente. Con ciò determinandosi ricadute sull'effettiva capacità dell'amministrazione di rispettare, effettivamente, in sede di programmazione di bilancio gli equilibri economico finanziari di cui all'art. 162 del Tuel»¹².

Nel secondo caso, ovvero sia nell'ipotesi di mancato allineamento dei valori rispetto all'esercizio precedente, una ulteriore pronuncia della Sezione Veneto, relativa alla ipotesi in cui «gli stanziamenti dei FPV d'entrata non trovano corrispondenza con la delibera di approvazione del rendiconto 2015», mette in evidenza

¹² Corte dei conti, Sez. contr. Veneto, n. 18/2019.

come «non risulta giustificato lo stanziamento a bilancio di previsione che ha determinato i valori di FPV d'entrata di parte capitale, dal momento che appare necessario improntare la programmazione finanziaria al rigoroso rispetto dei principi di cui agli artt. 162 e ss. del TUEL e la gestione del bilancio all'osservanza dei principi di cui al Titolo III del TUEL (gestione del bilancio), con particolare riferimento al Capo IV (relativo ai principi di gestione, artt. 191 e ss.)»¹³.

In altri termini, nella fase di programmazione del bilancio di previsione, al fine di una corretta applicazione del principio della competenza finanziaria potenziata (principio di esigibilità), diventa indispensabile non solo che le nuove opere programmate nel triennio diano evidenza dello scollamento temporale che si viene a creare tra l'accertamento delle entrate che finanziano l'investimento e l'esigibilità della spesa programmando adeguatamente il FPV sulla base dei cronoprogrammi elaborati, ma anche – come detto – che, in ogni annualità del bilancio di previsione, il FPV stanziato in uscita corrisponda al FPV stanziato in entrata nell'anno successivo.

In tutti questi casi, si tratta di ipotesi che «evidenziano una carenza di programmazione e una conseguente grave irregolarità contabile nell'applicazione del principio di competenza finanziaria potenziata, in quanto l'esigibilità del residuo passivo non è stata determinata correttamente» (del. n. 4/SEZAUT/2018/FRG, cit.).

7. Conclusioni

In definitiva, le riferite conseguenze rilevanti sulla quantificazione del risultato di amministrazione, come «coefficiente necessario, della qualificazione del concetto di equilibrio dei bilanci» (Corte cost., sent. n. 247/2017, Considerato diritto, 8.6) e sulla confluenza o meno delle risorse nella quota vincolata del risultato di amministrazione, postulano una corretta applicazione del nuovo principio della competenza finanziaria potenziata, che richiede, a sua volta, una verifica puntuale, da parte degli organi deputati alla vigilanza

¹³ Corte dei conti, Sez. contr. Veneto, del. n. 379/2018. La pronuncia sottolinea come «il Fondo, infatti, viene iscritto nella spesa dell'esercizio precedente che di converso, costituisce il FPV iscritto nella parte entrata del bilancio di previsione, al fine di evitare una erronea determinazione del risultato di amministrazione. Il fondo pluriennale vincolato infatti non sarà costituito dalla semplice somma stanziata nella voce del FPV di parte spesa nel bilancio assestato dell'esercizio precedente ma, piuttosto, dalla somma degli impegni o delle prenotazioni assunte nell'esercizio e imputate agli esercizi contemplati dal bilancio di previsione successivo e seguenti, finanziate da risorse vincolate accertate nell'esercizio precedente. Proprio per tale caratteristica occorre che il FPV sia finanziato da entrate regolarmente accertate e imputate ma, soprattutto occorre che sia perfezionato il procedimento amministrativo di accertamento dell'entrata che finanzia la spesa con l'adozione del provvedimento amministrativo previsto dai rispettivi ordinamenti (determina, decreto o altro). In relazione alla richiamata modalità di costruzione del fondo».

sugli equilibri di bilancio, circa l'esistenza dei cronoprogrammi; anche perché vi è la indispensabile funzionalità sul piano cronologico delle tempistiche iscrizioni delle poste di bilancio, e quindi anche di quelle afferenti il Fondo Pluriennale vincolato, alla contabilità di mandato (Corte cost., sent. n. 49/2018).

Il rispetto del cronoprogramma, ma prima ancora, la sollecita conclusione delle procedure di affidamento (progettazione ed appalto) rappresentano pertanto per gli Enti locali, anche per l'anno 2019, una priorità volta a recuperare la funzione programmatoria del bilancio di previsione, che sola può permettere di cogliere l'opportunità di beneficiare dei molteplici finanziamenti che la L. n. 145/2018 mette a disposizione degli Enti locali per la realizzazione degli investimenti.

Berardino Bontempi

Allievo del Master di II livello in "Tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico",
Università di Roma La Sapienza

La *translatio iudicii* nel giudizio contabile, alcuni profili applicativi.

Nota a Corte dei conti, Sezione III app., 14 dicembre 2018, n. 464

abstract

With the sentence n. 464/2018, the Court of Auditors has faced, for the first time on appeal, the question of the applicability of the so called translatio iudicii mechanism, as a result of not exercise jurisdiction by the ordinary courts indicating the Court of Auditors as competent judge. The III Chamber of Appeal declared the admissibility of the summons to be continued by the public prosecutor, for which there is the option of omitting the ordinary phase of the invitation to deduct, in order to avoid a break in continuity between the two judgments that would prevent the summons, distorted by the pre-trial phase, from preserving its effects.

keywords

Court of Auditors – Translatio iudicii – Jurisdiction – Invitation to deduct.

abstract

Con la sentenza n. 464/2018, la Corte dei conti ha affrontato, per la prima volta in sede d'appello, la questione dell'applicabilità del meccanismo della c.d. translatio iudicii, a seguito della declinatoria di giurisdizione da parte del giudice ordinario in favore della Corte dei conti quale giudice competente. La III Sezione d'appello ha dichiarato l'ammissibilità dell'atto di citazione in riassunzione posto in essere dal pubblico ministero, per il quale a tal fine sussiste la facoltà di omettere l'ordinaria fase dell'invito a dedurre, onde evitare una soluzione di continuità tra i due giudizi che impedirebbe alla domanda, snaturata dallo svolgimento della fase preprocessuale, di conservare i suoi effetti.

parole chiave

Corte dei conti – Translatio iudicii – Giurisdizione – Invito a dedurre.

La c.d. "translatio iudicii", con salvezza degli effetti processuali e sostanziali connessi alla domanda originaria, presuppone che in sede di riassunzione

della domanda davanti al giudice contabile l'Attore pubblico debba mantenersi entro i limiti dell'*emendatio libelli*. Non è consentito, attraverso attività istruttorie successive o prospettazione di fatti nuovi, modificare la domanda o formulare domande nuove. Qualora sia affermata la giurisdizione della Corte dei conti in relazione ad una causa proposta davanti ad altro giudice, al fine della *translatio iudicii* ex art. 59 l. n. 69 del 2009 (ed oggi dall'art. 17, co. 2 e 4, c.g.c.) è sufficiente il deposito dell'atto di riassunzione, non rivelandosi necessaria la previa emissione dell'invito a dedurre. Nel giudizio di responsabilità amministrativa, il termine perentorio fissato dalla legge per la *translatio iudicii* è rispettato nel momento in cui si è determinata, con il deposito dell'atto di riassunzione, la pendenza del processo.

Corte dei conti, sez. III app., 14 dicembre 2018, n. 464, Rel. Pres. Canale

(omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con atto di citazione del 25 giugno 2006 l'Azienda ospedaliera integrata con l'Università "Ospedali Riuniti" di XX, in relazione ai danni asseritamente subiti per effetto di lavori mal eseguiti, promuoveva, davanti al Tribunale di XX, un giudizio risarcitorio nei confronti di una impresa di costruzione, la Alco srl, del direttore dei lavori (XX) e dei collaudatori (X X, XX, XX ed XX). 3

L'originaria pretesa risarcitoria era di euro 69.862.000,00. All'esito del giudizio civile (di primo grado), il Giudice, con sentenza n.1981 del 21.12.2013, condannava la Alco srl al pagamento della somma di euro 546.646.,67 oltre interessi moratori; nel contempo dichiarava il difetto di giurisdizione dell'a.g.o. nei confronti di XX, X X, XX, XX ed XX, indicando nella Corte dei conti il giudice competente a decidere sulla domanda proposta contro gli stessi.

La sentenza civile (appellata dalla sola Alco srl) passava in giudicato, con riferimento al dichiarato difetto di giurisdizione nei confronti dei menzionati convenuti, il 4 febbraio 2015.

2. Con atto depositato il 28 aprile 2015 la Procura regionale “riassumeva” ex art. 59 L. 18 giugno 2009 n.69, il “*giudizio civile promosso dall’Azienda Ospedaliera-Universitaria “Ospedale Riuniti” di XX, iscritto al ruolo generale degli affari contenziosi al n. 3825 del 2003 introdotto con atto di citazione del 25 giugno 2003*” nei confronti dei signori X, XX e XX (essendo deceduti nel frattempo i signori XX e XX).

In sostanza, la Procura allegava al proprio atto di citazione in riassunzione, con talune precisazioni in ordine alla dedotta gravità della colpa, copia del menzionato atto di citazione formulato in sede civile, chiedendo l’accoglimento delle domande contenute in tale ultimo atto.

Nel contesto dell’atto in riassunzione, il Procuratore, 4

incidentalmente, faceva riferimento alla circostanza che sulla vicenda egli aveva aperto specifica istruttoria sin dall’ottobre 2002, sulla base di una segnalazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, e aveva acquisito elementi istruttori, relativi alla dinamica dei fatti e delle responsabilità, con l’informativa della Guardia di Finanza del 31 agosto 2006.

Con decreto presidenziale in calce all’atto di citazione in riassunzione, era fissata per il 22 ottobre 2015 l’udienza di discussione per la decisione della causa davanti alla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Puglia.

La discussione aveva poi luogo il 22 settembre 2016.

3. Con sentenza n. 412/2016, depositata il 7 novembre 2016, la Sezione adita, dichiarava inammissibile l’atto di citazione in riassunzione.

Il primo giudice argomentava ampiamente sulla possibilità, recata dal già citato art. 59 della L. 69/2009, della *translatio iudicii* tra giudizio civile e giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti.

Tale possibilità, rammentava il primo giudice, era stata negata da una parte della giurisprudenza contabile (cfr sez. giurisd. Abruzzo n. 228/2008) sulla base del rilievo che legittimate alla riassunzione o prosecuzione del giudizio non possono che essere le parti del processo originario e non il pubblico ministero contabile, rimasto estraneo al suddetto 5 processo.

Il primo giudice, giungendo a conclusioni diverse rispetto a quelle della richiamata giurisprudenza, riteneva invece che la corretta lettura dell’art. 59 L. 69/2009, costituzionalmente orientata, non consentisse di frapporre una “barriera” alla possibilità in capo al PM contabile di riassumere il giudizio civile davanti al giudice contabile. Osservava che l’opposta opinione non considerava i “*vuoti di tutela dell’erario pubblico in tutti i casi in cui l’amministrazione* (danneggiata, ndr)

non riassume il giudizio, determinandone l’estinzione, pur in presenza di un danno all’erario che, per il maturare della prescrizione, potrebbe non essere più risarcito”. Aggiungeva, a fronte delle eccezioni difensive in ordine ad una asserita diversità di *causa petendi* e *petitum*, che azione di responsabilità erariale e azione civile condividono la stessa natura risarcitoria, operando le differenze tra le due azioni su altri piani (legittimazione esclusiva del PM, potere di riduzione del danno, etc.).

In breve, secondo il primo giudice, la *translatio iudicii* tra le giurisdizioni civile e contabile è consentita; ed è consentito che sia il PM contabile a formulare l’atto di riassunzione/prosecuzione del processo.

Ciò non esclude tuttavia, per il primo giudice, il rispetto dell’art. 5, comma 1, d.l. 453/1993, conv. in legge n.19/1994, atteso che, a norma del secondo comma dell’art. 659 L. 69/2009, la domanda deve essere riproposta dinnanzi al giudice *ad quem* con le modalità e le forme previste per il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti.

Da ciò, nel caso concreto, la intervenuta pronuncia di inammissibilità dell’atto di citazione in riassunzione, in quanto non preceduto da “invito a dedurre”.

A parte ciò, il primo giudice rileva anche che “*comunque il giudizio* (oggetto della riassunzione, ndr) *si sarebbe estinto*”, poiché l’atto di citazione (in riassunzione) risultava notificato (maggio 2015) oltre il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato (4 febbraio 2015) della sentenza del Tribunale civile di XX.

4. Con atto depositato il 1 febbraio 2017 il Procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Puglia ha impugnato la sentenza n.412/2016.

Con l’unico, articolato motivo di appello (errore di diritto nell’applicazione dell’art. 59 della legge n. 69/2009) il Procuratore regionale ha chiesto che il giudice d’appello affermi la non necessità della proposizione dell’invito a dedurre per procedere alla riassunzione del giudizio e la rilevanza, ai fini del rispetto del termine perentorio di tre mesi per procedere alla riassunzione del giudizio, dell’avvenuto deposito dell’atto di riassunzione presso la Sezione giurisdizionale Puglia in data 28 aprile 2015.

L’appellante ha argomentato in proposito che l’intervento del Legislatore (art. 59 L. 69/2009) è stato la diretta conseguenza di una pronuncia della Corte costituzionale, con la quale si è data rilevanza al principio della “*continuità del giudizio*”, consentendo in tal modo alle parti di conservare gli effetti sostanziali e processuali del giudizio instaurato davanti ad un giudice che abbia declinato la propria giurisdizione a favore di un altro, al fine di evitare l’instaurazione di un nuovo giudizio.

In sostanza, secondo la prospettazione dell’appellante, con la riassunzione non si ha un nuovo giudizio, ma solo la prosecuzione di quello incardinato errone-

amente davanti al giudice privo di giurisdizione nella specifica materia. In questo quadro, l'istituto dell'invito a dedurre non potrebbe trovare ingresso, atteso che esso è riconducibile alla (sola) fase preprocessuale, mentre la prescrizione ex art. 59 L. 69/2009 è riferita – letteralmente – alla sola fase del giudizio e non già alla fase ad esso propedeutica. Osserva ancora la Procura appellante che la tempistica riferita all'invito a dedurre (notifica dell'invito a dedurre; assegnazione di un termine non inferiore a 30 giorni – ora 45 – per eventuali deduzioni difensive; eventuali audizioni e possibili ulteriori accertamenti; termine per il deposito della citazione in giudizio) renderebbe di fatto inapplicabile il procedimento di cui al citato art. 59, vanificando nel concreto la stessa possibilità della “translatio iudicii”.

Infine, relativamente alla rilevata dal primo giudice tardività della stessa “riassunzione” – per essere trascorsi oltre tre mesi tra il passaggio in giudicato della sentenza civile e la notifica dell'atto di citazione in riassunzione –, l'appellante ha sottolineato l'irragionevolezza e la contraddittorietà delle argomentazioni dell'organo giudicante, anche rispetto alla giurisprudenza citata dallo stesso (Sez. giurisd. Veneto, sent. 189/2015). E' infatti pacifico che nel giudizio contabile la proposizione della domanda si perfeziona con il deposito della citazione.

5. Per resistere all'impugnazione del Procuratore regionale si sono costituiti in giudizio i signori XX, XX e X.

Tanto la difesa dei signori XX e XX, quanto la difesa del signor X hanno prodotto argomenti a sostegno della tesi contrastata dalla Procura appellante.

Non hanno messo in discussione l'istituto della *translatio iudicii*, ma le modalità (di riassunzione) nel caso concreto poste in essere e soprattutto hanno insistito sulla necessità della previa notifica dell'invito a dedurre, atteso che lo stesso è espressione delle garanzie tipiche del rito della giustizia contabile.

Non è accoglibile, per i difensori, la tesi della Procura regionale appellante secondo la quale, di fatto, l'invito a dedurre assolverebbe ad una mera funzione informativa.

Secondo l'appellante, infatti, *“l'invito a dedurre ha come 9 obiettivo principale quello di rendere edotta la parte degli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento dell'azione che si intende intraprenderenel caso di specie tali elementi sono ben conosciuti dalle parti, giacchè già approfonditi in tutti i loro aspetti nel giudizio civile...Pertanto la formulazione dell'invito a dedurre risulterebbe del tutto inutile...”*

I difensori, di contro, si sono diffusamente soffermati sulla natura e sulle finalità dell'invito a dedurre, richiamando la giurisprudenza in materia (SS. RR. n.7/QM/1998, 6/QM/2003, 27/QM71999, 1/QM/2005) e sottolineando inoltre come *“la fase pre-processuale rappresenta, diversamente dal convincimento della Procura, una fase indispensabile prevista dal legi-*

slatore, praticamente al duplice scopo di garantire all'indagato una difesa ante causam e di consentire alla Procura l'acquisizione di elementi utili per il fondato avvio dell'azione processuale oppure per l'archiviazione sulla base delle circostanze esimenti dedotte”. Lo stesso Codice di giustizia contabile ha valorizzato, agli artt. 67 e 87, l'importanza dell'invito a dedurre, sino al punto di prescrivere la nullità dell'atto introduttivo del giudizio (art.87) laddove non ci sia corrispondenza con i fatti riportati nell'invito a dedurre, o di comminare la sanzione dell'inammissibilità dell'atto di citazione laddove non si rispetti il termine di cui all'art. 67, 10 comma 5.

Secondo le difese, l'invito a dedurre non sarebbe necessario (solo) se la riassunzione riguardasse un giudizio già pendente davanti alla Corte dei conti: in tal caso si avrebbe la mera prosecuzione di un giudizio già in precedenza incardinatosi, nel quale la fase pre-processuale si sarebbe già svolta e avrebbe dispiegato i propri effetti di garanzia. Nella fattispecie come quella in esame, la “riassunzione”, invece, determina l'instaurazione davanti alla Corte dei conti di un nuovo giudizio, con caratteri diversi da quello risarcitorio civile, e ciò rende necessaria l'ordinaria fase pre-processuale, nella quale l'invito a dedurre è elemento cardine: di contro, *“una traslazione pura e semplice (del giudizio, ndr) vanificherebbe di fatto quella fitta ed indispensabile rete di garanzie processuali previste a tutela della difesa degli incolpati, nonché poste a garanzia dell'accertamento obiettivo dei fatti che deve avvenire nell'integrità del contraddittorio delle parti, assicurando il soddisfacimento del superiore interesse della giustizia”* (memoria XX/XX).

Quanto al tema della tardività della riassunzione – asserita dal primo giudice – l'opinione delle difese, che si conforma alla decisione impugnata, è nel senso di ritenere rispettato il termine perentorio di tre mesi se entro il suddetto termine sia instaurato il rapporto processuale, cioè sia notificato alla parte l'atto di citazione in riassunzione. In proposito sia la difesa di XX/XX che la difesa X richiamano la sentenza n.2/A della I sez. d'appello del 12 gennaio 1995.

6. All'odierna udienza il rappresentante della Procura generale ha formulato oralmente conclusioni di totale condivisione delle ragioni a sostegno dell'appello. Il giudizio proposto dalla Procura territoriale con l'atto di citazione in riassunzione è la “riassunzione” di quello a suo tempo proposto davanti al giudice civile: non è un “nuovo” giudizio, ma la prosecuzione in un diverso plesso giurisdizionale del giudizio risarcitorio già promosso nei confronti degli attuali appellati.

Per i convenuti XX e XX, l'avv. prof. Terracciano, nel riportarsi alle argomentazioni svolte per iscritto, ha voluto rimarcare che la prosecuzione del giudizio non si estende alle domande; nel senso che le domande, in sede civile e contabile, sono diverse e adeguate ai limiti della giurisdizione del giudice *ad quem*.

In questo senso, trattandosi – sia pure attraverso l'istituto della *translatio iudicii* – di una domanda nuova e diversa rispetto a quella formulata a suo tempo in sede civile, non si può sfuggire alle regole che presiedono il rito relativo ai giudizi di responsabilità erariale.

L'invito a dedurre era pertanto atto necessario, a pena di inammissibilità dell'atto di citazione. In merito alla presunta tardività della c.d. riassunzione, la difesa ha osservato che nel termine perentorio dei tre mesi doveva essere incardinato, con la notifica dell'atto, il rapporto processuale: ciò non è avvenuto in quanto la notifica dell'atto di citazione in riassunzione si è perfezionata oltre il suddetto termine.

Alle medesime argomentazioni del prof. Terracciano si è associato l'avv. Caso, nell'interesse dell'appellato signor X. Entrambi i legali hanno pertanto chiesto il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza n. 412/2016.

Esaurita la discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVAZIONE DELLA DECISIONE

7. Le questioni poste all'attenzione del giudice d'appello sono sostanzialmente due.

La prima questione riguarda la necessarietà o meno, anche nelle ipotesi di riassunzione del giudizio ex art. 59 L. 69/2009, della fase preprocessuale e quindi della previa emissione dell'invito a dedurre.

La seconda questione pone invece il quesito se ai fini del rispetto del termine perentorio di tre mesi per la riassunzione del giudizio si debba tener conto del deposito dell'atto (di riassunzione) nella cancelleria del giudice *ad quem* o si debba invece tener conto della data del perfezionamento della notifica del medesimo atto.

Il Collegio, pur consapevole che nell'ordine logico-giuridico di trattazione delle questioni dedotte in giudizio dovrebbe essere affrontato per primo il tema del rispetto del termine perentorio di cui all'art. 59 L. 69/2009, ritiene di anteporre a tale tema, stante la rilevanza e novità in appello della questione, quello relativo ai profili applicativi della c.d. *translatio iudicii*, con riferimento alle modalità attraverso le quali si deve attuare la migrazione dalla giurisdizione civile a quella contabile.

E dunque il Collegio reputa preliminarmente di affrontare tale questione, che ha formato oggetto del più approfondito motivo di gravame.

Tuttavia, prima di entrare nel "vivo" della questione, il Collegio reputa opportuno procedere ad un sintetico inquadramento della materia (nel quale, più diffusamente, si è pregevolmente cimentata la Sezione giurisdizionale per il Veneto, con sentenza n. 189/2015), cui "*ratione temporis*" fa da cornice normativa l'art. 59 della L. 69/2009 (vedi ora art. 17 c.g.c.).

Tale disposizione prevede che:

"1. Il giudice che, in materia civile, amministrati-

va, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo.

2. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile.

3. Se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione.

4. L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

5. In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova."

È noto che con questa norma il Legislatore ha raccolto l'invito formulato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 77/2007.

Infatti, il Giudice delle leggi, nel dichiarare "l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declaratoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione", rilevando nella parte motiva l'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento processuale, auspicava una disciplina legislativa idonea a dare attuazione al principio della conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato – a seguito di declinatoria di giurisdizione – davanti al giudice che ne sarebbe stato munito.

In tale contesto assumevano particolare significato le osservazioni della Corte che, prendendo atto della pluralità dei giudici, ordinari e speciali, come recepita

nella Carta costituzionale, censurava, in quanto incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali, il principio di incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi; mentre sottolineava, di contro, la funzione, comune a tutti i giudici, di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Precisava che “*la loro* (dei giudici, ordinari e speciali, ndr) *pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura nella vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti (...) è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.*”

Tali principi hanno dunque ispirato il Legislatore nel formulare la disciplina di cui al summenzionato art. 59 L. 69/2009.

Va detto che tale normativa forse non ha colto l'esatta dimensione della giurisdizione contabile, nella quale convive una pluralità di processi che sono disomogenei per caratteri, finalità, modalità introduttive, regole processuali, parti.

E così, mentre per il c.d. contenzioso pensionistico le modalità di migrazione dal giudice civile al giudice contabile, come previste dall'art. 59, non prestano il fianco a criticità, lo stesso non può dirsi relativamente al giudizio di responsabilità amministrativa, come rilevato in alcune circostanze dalla giurisprudenza contabile di primo grado. La non identità (nel giudizio civile e nel giudizio contabile) dell'attore in primo luogo, ma anche la difficoltà di migrare verso la giurisdizione contabile un processo avviato davanti al giudice civile senza i presidi di garanzia stabiliti in sede contenziosa contabile per la fase preprozessuale e per la raccolta degli elementi costitutivi della stessa responsabilità amministrativa, meritavano una più articolata e adeguata disciplina.

Una disciplina, però, che doveva riguardare anche l'inversa migrazione, imponendo alle amministrazioni di valutare in termini di doverosità la riassunzione davanti al giudice civile di un giudizio risarcitorio erroneamente proposto davanti al giudice contabile.

Il Collegio al riguardo, pur comprendendo, in via generale, talune delle riserve espresse dai vari giudici contabili che hanno affrontato il tema della *translatio iudicii*, ritiene tuttavia che i principi espressi dalla Corte costituzionale con la richiamata sentenza, nonché la soluzione legislativa che ne è derivata (pur se migliorabile), impongano ogni possibile sforzo interpretativo teso al rispetto dei primi e all'attuazione della seconda.

Le regole sulla migrazione del processo dalla giurisdizione civile a quella contabile (e viceversa) sono infatti legge.

A ciò aggiungasi la giurisprudenza in tema di *translatio iudicii* elaborata dalla Suprema Corte (più avanti richiamata).

8. Tornando al caso in esame, va osservato che il primo giudice, dopo essersi pronunciato, con condivisibili argomentazioni, nel senso dell'applicabilità della *translatio iudicii* tra giurisdizione civile e giurisdizione contabile, ha poi concluso che “*dovendo essere riproposta la domanda con le modalità e le forme previste per il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, ai sensi dell'ultimo alinea dell'art. 59, comma 2, in relazione al rito applicabile, opera senz'altro l'art. 5, comma 1, d.l.n.453/1993, con la conseguente sanzione processuale dell'inammissibilità dell'atto di citazione nel caso di omesso invito a dedurre e delle conseguenti garanzie tipiche di questa fase preprozessuale (facoltà di presentare deduzioni scritte e audizione dell'incolpato).*”

Il Collegio è di diverso avviso, con le precisazioni che di seguito saranno esposte.

La tesi del primo giudice, come si è letto, è nel senso della assoluta necessità della fase preprozessuale e dell'atto che ne costituisce l'epilogo, cioè dell'invito a dedurre. Tale necessità, che trarrebbe fonte normativa dal comma 2, ultima parte, dell'art. 59 L. 69/2009, poggerrebbe sui tratti particolari del giudizio di responsabilità amministrativa, che ordinariamente richiede l'espletamento di una fase preprozessuale e, al termine di essa, l'emissione di un invito a dedurre.

A tale tesi il Procuratore appellante oppone l'argomento che l'invito a dedurre avrebbe come obiettivo principale (solo) quello di rendere edotta la parte degli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento dell'azione che si intende intraprendere: nel caso di specie tali elementi sarebbero già “*ben conosciuti dalle parti, giacché già approfonditi, sotto tutti i loro aspetti, nel giudizio civile di primo grado....pertanto la formulazione dell'invito a dedurre risulterebbe del tutto inutile ai fini della prosecuzione di un giudizio già instaurato...*”: da ciò, secondo l'appellante, la non necessità della previa (rispetto alla “riassunzione”) formulazione dell'invito a dedurre.

La tesi dell'appellante può reggere nelle sue conclusioni (di non necessità dell'invito a dedurre), anche se non sono del tutto condivisibili, come rilevato dalle difese degli appellati, le osservazioni che l'appellante formula a proposito dell'invito a dedurre.

Ed infatti questo non ha solo una mera funzione informativa, atteso che si tratta “*di un atto che muove all'acquisizione di ulteriori elementi, se del caso anche di carattere esimente, in vista delle conclusive determinazioni che non necessariamente dovranno essere nel senso dell'inizio dell'azione di responsabilità.*” (Corte cost. sentenza n. 163/1997).

In sostanza, non sembra pertinente, al fine di sostenere la tesi della sua non necessità, considerare l'invito a dedurre alla stregua di atto con mere finalità informative, per concludere che nella migrazione di

un processo (civile) già celebrato, un tale atto sarebbe superfluo in quanto i fatti dedotti nel giudizio oggetto della *translatio* sarebbero già “ben conosciuti”.

È invece più pertinente – e nel caso di specie, dirimente – considerare che l’invito a dedurre “*attiene ad una fase che precede l’accertamento delle responsabilità, suscettibile, alternativamente, di mettere capo all’instaurazione di un giudizio ovvero all’archiviazione, ma tale da non inficiare la tradizionale regola secondo la quale, nel giudizio di responsabilità amministrativa, il giudice è investito della causa solo attraverso l’atto di citazione*” (Corte cost. sentenza n. 415/1995).

Dunque, la fase preprocessuale, che si chiude con l’archiviazione o con l’emissione dell’invito a dedurre (che a sua volta “è suscettibile di mettere capo all’instaurazione di un giudizio ovvero all’archiviazione”), è ben distinta dalla “causa” e può esserne il prodromo o può non esserlo in caso di archiviazione; in ogni caso è “altro” rispetto al processo.

Tale fase costituirebbe, in caso di riassunzione ex art. 59 L. 69/2009, una innegabile soluzione di continuità tra la domanda formulata nel giudizio *a quo* e quella – necessariamente la stessa – che deve essere proposta nel giudizio *ad quem*.

Il che sembra in contrasto con i presupposti della “*translatio iudicii*”.

Questo istituto consente infatti la migrazione da una giurisdizione ad altra giurisdizione della medesima domanda senza quella soluzione di continuità che sarebbe rappresentata da una fase, quella preprocessuale, nella quale il Pubblico Ministero avrebbe la possibilità di promuovere o non promuovere la causa.

Il Collegio è pertanto dell’opinione che la “*translatio*”, debba riguardare un processo il cui perimetro sia stato già definito dalle domande formulate dall’attore davanti al giudice *a quo*.

In sostanza, come osservato dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. n.15223/2016) la migrazione nel processo richiede che la domanda resti “*crystallizzata nei medesimi termini della domanda originaria*”: solo a queste condizioni, non venendo meno l’unicità del giudizio, si avrà la salvezza degli effetti della domanda originaria.

Diversamente, ove si accogliesse la tesi del primo giudice, si dovrebbe concludere, con riferimento alla migrazione dal giudizio civile a quello contabile, che la stessa “*translatio iudicii*”, pur se voluta dal Legislatore in adesione ai principi espressi dalla Corte costituzionale, sarebbe ostacolata, atteso che l’asserita (dal primo giudice) necessità della previa emissione dell’invito a dedurre costituirebbe una netta cesura tra un giudizio già incardinato e discusso (quello civile) e un giudizio (quello contabile) che “forse”, all’esito della fase preprocessuale, potrebbe essere avviato, ma potrebbe non esserlo: in una tale situazione far riferimento alla “*translatio*” sarebbe ed è quanto meno improprio, atteso che il regresso ad una fase preprocessuale ed istrut-

toria avrebbe fatto venir meno l’unicità e quindi la continuità del medesimo processo.

Alla luce di tale argomento non appare possibile distinguere, come opinato anche oralmente dalle difese degli appellati, distinguere tra migrazione del processo e migrazione della domanda: il processo c’è in quanto c’è una domanda e la migrazione dell’uno è anche la migrazione dell’altra.

Né appare possibile interpretare la regola di cui all’ultima parte del comma 2 dell’art. 59 L.69/2009 (“*con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile*”) nel senso indicato dal primo giudice (che per asserito effetto di tale regola ha ritenuto la necessità dell’invito a dedurre), atteso, per come sopra argomentato, che una tale interpretazione finirebbe per costituire un ostacolo alla *translatio* o comunque per vanificarne i contenuti, in contrasto con il più volte citato art. 59 e con i principi costituzionali di certezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

L’anzidetta regola, secondo le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 9139/2011) pare invece riferirsi alle ipotesi nelle quali la migrazione del giudizio avvenga tra ambienti processuali diversi, in quanto segnati da differenze nel *petitum* e nella *causa petendi*, implicanti in tal caso non una riassunzione ma una “riproposizione” e adattamento, nei limiti dell’*emendatio*, della domanda originaria.

È il caso, ad esempio, dellamigrazione da un giudizio impugnatorio ad uno cognitorio.

Il che non sembra riferibile alla “*translatio*” di un giudizio risarcitorio dal giudice civile a quello contabile, tenuto conto del medesimo ambiente processuale, nel quale il *petitum* e la *causa petendi* hanno i caratteri del medesimo giudizio cognitorio.

Sembra invece correttamente appartenere alla anzidetta regola la mancata riassunzione del processo nei confronti degli eredi delle parti decedute, posto che essa costituisce espressione del principio della intransmissibilità della responsabilità amministrativa agli eredi (salvo i casi di illecito arricchimento), di cui all’art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994.

9. Il tema suggerisce poi altre riflessioni, dal momento che, in ipotesi, la “*translatio iudicii*” potrebbe costituire per il Pubblico Ministero contabile una scelta di strategia processuale, tra due possibili opzioni. La prima “opzione” prevede la migrazione della medesima domanda dalla giurisdizione civile a quella contabile: la domanda “crystallizzata” verrebbe riproposta, attraverso la riassunzione, davanti al giudice contabile. In questa ipotesi – nella quale si concretizza la piena applicazione dell’art. 59 L.69/2009 – l’Attore pubblico, accollandosi anche il “rischio” di una domanda carente, accetta e fa sua la domanda, rispetto alla quale nell’atto di riassunzione può essere ammesso solo rettificare (senza, di regola, mutare i fatti principali allegati) la portata della domanda originaria con

riguardo al medesimo *petitum* ed alla medesima *causa petendi*. In altri termini, in sede di riassunzione della domanda davanti al giudice *ad quem* l'Attore deve mantenersi entro i limiti dell'*emendatio libelli* (che comunque consentono un adattamento alla diversa giurisdizione) non essendogli consentito, anche attraverso la prospettazione di fatti nuovi, modificare totalmente la domanda o, tanto meno, formulare domande nuove (divieto della c.d. *mutatio libelli*).

In questo caso, e solo in questo caso, si ha "*translatio iudicii*", con salvezza degli effetti processuali e sostanziali connessi alla domanda originaria e al giudizio translato.

Ma vi è, come detto, sulla base di una alternativa scelta processuale, una possibile diversa "opzione": il Pubblico Ministero contabile, sulla base dei fatti dedotti nel giudizio civile (assunti alla stregua di *notitia damni*), sempre che nel frattempo non sia maturata la prescrizione dell'azione risarcitoria erariale, può decidere di svolgere attività accertativa, con tutte le previste garanzie preprozessuali. In questo caso egli potrà accertare fatti non valutati nel giudizio civile e ampliare *petitum* e *causa petendi*, eventualmente valutando i diversi possibili profili di responsabilità, anche quelli non portati all'attenzione del giudice civile dall'amministrazione danneggiata.

All'esito di una tale attività, previa formulazione di invito a dedurre, avrà la possibilità di avviare o meno l'azione risarcitoria erariale, che, in caso positivo, darebbe vita ad un processo nuovo e diverso rispetto a quello in precedenza avviato davanti al giudice civile.

In questo caso – è evidente – non si avrebbe alcuna *translatio iudicii* (ma eventualmente solo l'acquisizione al processo di elementi liberamente valutabili dal giudice contabile) e soprattutto non si realizzerebbe la conservazione degli effetti processuali e sostanziali legati indissolubilmente alla mera trasposizione dell'originaria domanda dalla giurisdizione civile a quella contabile.

10. Nel caso *sub iudice* il Pubblico Ministero contabile ha inteso accettare e fare sua la domanda originaria proposta nei confronti degli odierni appellati in sede civile. Non ha allegato, nell'atto di riassunzione, fatti nuovi, né ha modificato *petitum* e *causa petendi*. Si è solo limitato a qualificare come gravemente colpiti i medesimi comportamenti già contestati ai convenuti in sede risarcitoria civile.

Attraverso l'atto di riassunzione – al quale per costituirne parte integrante era allegato l'originario atto di citazione in sede civile – ha dunque inteso applicare l'art. 59 della L. 69/2009.

Il Collegio ritiene che la Procura regionale, attraverso la detta riassunzione, abbia correttamente operato e che l'asserita (dal primo giudice) necessità del previo invito a dedurre (e cioè di un regresso alla fase preprozessuale) avrebbe ostacolato la realizzazione della c.d. *translatio iudicii*, compromettendosi, in ultima

analisi, la stessa possibilità di una adeguata risposta alla domanda di giustizia (cfr. Corte cost. n. 77/2007).

Il relativo motivo di appello va pertanto accolto.

11. Anche il secondo motivo di appello, relativo al termine per la riassunzione, va accolto. Invero su tale questione il ragionamento del primo giudice, che considera come termine *ad quem* quello dell'avvenuta notifica dell'atto di riassunzione, appare perplesso, atteso che per suffragare la propria tesi, riferisce espressamente giurisprudenza della Corte dei conti veneta, che in realtà non sembra conferente.

Il vero, come sostenuto dall'appellante e ribadito oralmente dal rappresentante della Procura generale, è che pacificamente i giudizi davanti alla Corte dei conti si incardinano con il deposito dell'atto di citazione e la contestuale formale richiesta al presidente della sezione adita di decretare la data per la discussione della causa.

Si tratta di una modalità introduttiva del giudizio diversa dal modello processuale civile, secondo il quale il convenuto viene citato a comparire ad una delle udienze previste dal calendario stabilito dal presidente del tribunale, scelta dall'attore, il quale successivamente si costituisce in giudizio depositando in cancelleria la citazione notificata. Secondo tale "modello" è la notifica della citazione ad incardinare il rapporto processuale e dunque la pendenza del processo.

Presso la Corte dei conti, come detto, la situazione è diversa, atteso che ai sensi dell'art. 86 c.g.c. (ma anche nel previgente regime) il P.M. introduce il giudizio depositando nella cancelleria del giudice adito la citazione, corredata dell'istanza di fissazione d'udienza. Il comma 4 del medesimo articolo precisa poi che "gli effetti sostanziali processuali della domanda si producono sin dall'originario deposito, che determina la pendenza del processo".

Nel caso di specie, dunque, il termine perentorio di riassunzione del processo si intende rispettato nel momento in cui si è determinata, con il deposito della citazione, la pendenza del processo.

Ne consegue l'erroneità della pronuncia sul punto resa dalla Sezione e l'accoglimento del relativo motivo di appello.

P.Q.M.

(omissis)

Nota a sentenza

sommario

1. Problemi applicativi della *translatio iudicii* nei rapporti con il giudizio contabile. – 2. La prosecuzione del giudizio. – 3. La soluzione della III Sezione d'appello. – 4. *Translatio iudicii*: diversi meccanismi. – 5. L'art. 17 del nuovo Codice di giustizia contabile. – 6. Il mancato svolgimento della fase preprozessuale a se-

guito della *translatio*. – 7. Garanzie difensive e trasposizione del giudizio.

1. Problemi applicativi della *translatio iudicii* nei rapporti con il giudizio contabile

Nel giudizio proposto dall’Azienda ospedaliera per danni subiti a causa di lavori mal eseguiti, il giudice civile, oltre a condannare l’impresa di costruzione, ha dichiarato, a distanza di non poco tempo dalla data della citazione, il proprio difetto di giurisdizione nei confronti del direttore dei lavori e dei collaudatori, evocati in giudizio dall’amministrazione attrice, indicando la Corte dei conti quale giudice competente a decidere sulla domanda nei loro confronti.

La vicenda su cui interviene la sentenza della III Sezione d’appello della Corte dei conti che si va ad analizzare, nasce dalla scelta della Procura regionale di avvalersi del meccanismo di cui all’art. 59 della legge n. 69 del 2009, ovvero della c.d. *translatio iudicii* tra diversi plessi giurisdizionali. La Procura ha così “riassunto” il giudizio, dinanzi alla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Puglia, nei confronti dei soli convenuti per i quali il giudice ordinario ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

La Sezione Puglia (sentenza n. 412/2016), a scapito del precedente orientamento secondo il quale il meccanismo della *translatio* si rivelerebbe incompatibile con la non identità delle parti processuali nei diversi giudizi¹, ha ritenuto applicabile il meccanismo della *translatio* anche nei rapporti con il giudizio per danno erariale, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 59 citato, che non consente di frapporre una “barriera” alla possibilità per la procura di riassumere il giudizio civile dinanzi al giudice contabile, in modo da evitare la permanenza di «vuoti di tutela dell’erario pubblico».

Il giudice di prime cure ha considerato che le diffe-

¹ Sez. Giur. Abruzzo, sent. n. 228/2008: «non essendo il procuratore regionale parte del rapporto sostanziale fatto valere in giudizio, manca la coincidenza tra le parti del giudizio civile e il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, con conseguente inammissibilità della ‘translatio iudicii’ e mancata conservazione degli effetti processuali della domanda originaria, tanto più che verrebbero ad essere violate le disposizioni garantistiche sul procedimento del contraddittorio preliminare». La pronuncia appena richiamata è antecedente all’introduzione in via legislativa della *translatio iudicii*, ma tiene in debita considerazione le indicazioni della Corte Costituzionale contenute nella sentenza n. 77/2007, vd. *infra*. Più recenti Sez. Giur. Veneto, sent. n. 189/2015, «parti del giudizio di responsabilità amministrativa non sono le medesime del giudizio civile, non potendosi ritenere, come è noto, il pubblico ministero rappresentante sostanziale del singolo ente»; tale ultima pronuncia richiama anche Sez. Giur. Lombardia, sentenza - ordinanza n. 23/2015 e Sez. Giur. Calabria, sent. n. 146/2011. Da ultimo, Sez. Giur. Campania, sent. n. 130/2018, che pur considerando astrattamente ammissibile il meccanismo della *translatio*, superando il problema della non identità dell’attore nei diversi giudizi, ha tuttavia dichiarato inammissibile l’atto di riassunzione della Procura a causa del mancato svolgimento della fase preprocessuale (vd. *infra*).

renze tra giudizio civile e contabile non si rinvergono nella diversità della domanda giudiziale (in particolare del *petitum* e della *causa petendi*), condividendo la stessa natura risarcitoria², ma rilevano su altri piani (uno degli esempi è il potere di riduzione dell’addebito di cui alla legge n. 20/1994, esercitabile solo da parte del giudice contabile).

Tuttavia la riassunzione del giudizio è stata dichiarata inammissibile in quanto non preceduta dall’emissione dell’invito a dedurre nei confronti dei presunti responsabili (convenuti nel giudizio civile), dal momento che non verrebbero rispettate le modalità e le forme proprie del plesso giurisdizionale ove si intenda proseguire la causa, come imporrebbe il comma 2 dell’art. 59 (Sez. Puglia, sent. n. 412/2016)³.

2. La prosecuzione del giudizio

Ai fini della corretta introduzione del giudizio dinanzi al giudice contabile da parte del pubblico ministero, le parti in causa hanno offerto diverse e contrapposte interpretazioni del meccanismo della *translatio iudicii*, dalle quali derivano diverse conseguenze in ordine alla prosecuzione o meno del giudizio:

- la Procura territoriale ha sostenuto che l’atto di citazione in riassunzione comporta la prosecuzione, in un diverso plesso giurisdizionale, del giudizio risarcitorio già promosso innanzi al giudice dichiaratosi in difetto di giurisdizione;
- i convenuti, invece, hanno sostenuto che non può ammettersi la prosecuzione del giudizio dinanzi al diverso giudice, in quanto le differenze sussistenti in sede civile e contabile comportano la necessità di riproporre una nuova e diversa domanda, con conseguente applicazione delle regole proprie del giudice *ad quem*, e quindi anche delle garanzie pre-processuali ivi previste.

In base a tali diverse impostazioni, discendono diverse conseguenze in ordine all’applicazione delle garanzie tipiche del processo contabile: la riproposizione della domanda, nel giudizio erariale, comporta la necessità di rispettare le regole e le forme del diverso giudizio⁴ (art. 59, co. 2, cit.), compresa l’ordinaria

² Cfr. CLARICH, LUISO, TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, p. 1284.

³ Cfr. con Sez. Veneto, n. 189/2015: «Collegio ritiene, tuttavia, che non possa sottrarsi ad una pronuncia sanzionatoria processuale di inammissibilità il presente atto di riassunzione del giudizio civile in quello di responsabilità amministrativo-contabile anche sotto il diverso crinale costituito dalla considerazione che, nella fattispecie, il giudizio riassunto è solo “potenziale” o “ipotetico”, potendo questo “proseguire” unicamente nella sussistenza del previsto presupposto processuale costituito dall’invito a dedurre».

⁴ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da ultimo con la sentenza 26 ottobre 2018, n. 27163, con l’obbiettivo di chiarire l’operabilità degli strumenti idonei a garantire la conservazione degli effetti, facendo salvi sia il meccanismo della riassunzione che quello della riproposizione (Cass., sez. un., sentenza n.

fase preprocessuale, in cui assume maggior rilevanza la previsione dell'invito a fornire deduzioni (ora art. 67 c.g.c.). Di contro, con la riassunzione non si avrebbe un nuovo giudizio, ma la prosecuzione di quello incardinato erroneamente⁵, senza possibilità di "regredire" al momento della fase preprocessuale, in cui si incardina l'istituto dell'invito a dedurre.

Secondo le prospettazioni della Procura, la proposizione dell'invito a dedurre vanificherebbe l'usufruttibilità del meccanismo della *translatio* di cui all'art. 59, in quanto la tempistica ed i termini previsti nella fase preprocessuale renderebbero di fatto inapplicabile il regime stabilito ai fini della riassunzione.

Si aggiunga, inoltre, che qualora il PM contabile voglia riassumere il giudizio anche ai fini di conservare la misura cautelare, ciò gli sarebbe inevitabilmente impedito in quanto il termine minimo di 45 giorni che deve essere concesso all'invitato per proporre le sue controdeduzioni a seguito della notifica dell'invito (art. 67, comma 1, c.g.c.), comporterebbe la cessazione della misura cautelare disposta nel giudizio *a quo*, che avviene dopo 30 giorni da quando viene dichiarato il difetto di giurisdizione, come attualmente previ-

9130/2011), hanno distinto la "riassunzione", utilizzabile «qualora il giudizio dinanzi al giudice *ad quem* abbia le stesse caratteristiche di quello davanti al giudice *a quo*», dalla "riproposizione", la quale meglio consentirebbe la cd. *emendatio* della domanda originariamente proposta, la quale necessariamente dovrà essere riadattata «quando si tratti di passare da un giudizio di tipo prevalentemente impugnatorio a uno esclusivamente cognitivo o viceversa». Nel caso che si va ad analizzare, come già accennato, le differenze tra la domanda risarcitoria in sede civile e in sede contabile non attengono al *petitum* e alla *causa petendi*, condividendo la medesima natura risarcitoria, ma rilevano su altri piani, il che configurerebbe la possibilità di operare la riassunzione (salvo la necessità o meno di svolgere la consueta fase preprocessuale, vd. oltre).

⁵ Cfr. MAZZAMUTO, *La translatio iudicii si "schiude"?*, nota a Cass. civ., sez. un., 21 aprile 2011 n. 9130, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, pp. 660-665, secondo cui la *translatio*, venendo estesa al di fuori di un contesto omogeneo, «diviene infatti un'autentica "prigione"», dal momento che la mera riassunzione non consente di adattare la domanda al diverso e nuovo tipo di giudizio (che per tale ragione avrà un esito probabilmente negativo), rimanendo tale processo "chiuso", senza possibilità di apportare alla domanda le modifiche necessarie per adattarla ad essere riproposta dinanzi al diverso giudice. Con la sentenza n. 9130/2011 cit., le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente la facoltà di operare la riproposizione, come univocamente intesa dall'attuale art. 11 del Codice del processo amministrativo e dal Consiglio di Stato (da ultimo, sentenza n. 353/2018 e n. 4205/2017, richiamate dalle SS.UU.), che diviene «un atto specificamente volto a versare nel nuovo procedimento il contenuto dell'atto originante il vecchio». Si badi tuttavia che la cd. "riassunzione emendatrice", ai fini di scongiurare l'esito di una "prigione" che non consentirebbe ad esempio di proporre motivi impugnatori nella migrazione verso la giurisdizione amministrativa (o la domanda risarcitoria verso quella civile), va comunque contenuta nei giusti limiti: altrimenti si permetterebbe la proposizione di una domanda del tutto nuova, il che farebbe venir meno le esigenze di conservazione degli effetti sostanziali e processuali del giudizio proposto, e ri-proposto abusando della disciplina processuale.

sto dall'art. 17 del nuovo Codice di giustizia contabile (vd. *infra*).

3. La soluzione della III Sezione d'appello

Nella sentenza annotata la Corte dei conti, pur rilevando gli ostacoli all'applicazione della *translatio iudicii*, ovvero la non identità (nel giudizio civile e nel giudizio contabile) dell'attore, come indicato dalla giurisprudenza⁶ e dalla dottrina⁷, insieme unitamente

⁶ La sentenza in commento, prendendo atto che la disciplina della *translatio* così come introdotta nell'ordinamento «forse non ha colto l'esatta dimensione della giurisdizione contabile, nella quale convive una pluralità di processi che sono disomogenei», dà conto delle difficoltà interpretative rilevate dalla giurisprudenza pregressa (vd. nota n. 1), la quale aveva ammesso la piena traslazione per i soli giudizi pensionistici e per i giudizi ad istanza di parte, poiché in tali casi il soggetto legittimato ad agire, o a riassumere la causa, è lo stesso. Cfr. RAZZANO, in *Il codice della giustizia contabile, commento articolo per articolo*, a cura di GRIBAUDO, Santarcangelo di Romagna (RN), 2017, p. 111. Le criticità sorgono invece per il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile (Sez. Abruzzo n. 228/2008, cit.), nell'ambito del quale solo il procuratore regionale può agire dinanzi alla Corte dei conti (Cass. civ., sez. un., sent. n. 22059/2007). Cfr. VETRO, *La "translatio iudicii", con particolare riguardo al trasferimento del processo dalla giurisdizione contabile a quella civile*, 2012, in *www.contabilita-pubblica.it*; CIARAMELLA, *Le decisioni della Corte di cassazione sulla giurisdizione contabile: possibilità di una translatio iudicii*, 2007, in *www.corteconti.it*.

⁷ VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 4-5, p. 836, riteneva che l'ipotesi della traslazione dal giudice civile al giudice contabile «non si può verificare per i giudizi dinanzi alla Corte dei Conti, per la semplice ragione che, in questi casi, a proporre l'azione è un organo pubblico, ossia la procura erariale, che è legittimato ad agire soltanto dinanzi al giudice contabile». Mentre per l'ipotesi inversa, dal giudizio contabile a quello civile, residuavano ulteriori e diverse problematiche, tra cui l'impossibilità del sindacato da parte della Cassazione sui cd. limiti interni, qualora si trovi a decidere questioni di giurisdizione: «Quando, invece, la domanda è stata proposta dalla parte pubblica dinanzi al giudice non c'è alcuna possibilità di traslazione. Infatti, se la Corte di Cassazione stabilisce che il giudice contabile non ha giurisdizione, stabilisce allo stesso tempo che l'attore (ossia la procura erariale) non aveva azione e, quindi, non aveva una pretesa azionabile. La pronuncia sulla giurisdizione è, allo stesso tempo, una pronuncia sulla infondatezza della pretesa o sulla (o per) improponibilità della domanda». Riguardo l'interferenza tra il giudizio di responsabilità erariale e l'azione di risarcimento in sede civile, l'indirizzo prevalente, di recente messo in discussione, era incentrato sulla concorrenza-parallelismo dei due giudizi: l'iniziativa dell'ente danneggiato non comporta effetti preclusivi per l'azione erariale, ma al limite decurtanti, salvo interven-ga sentenza in sede civile che comporti l'integrale recupero del danno subito (Corte cost., sent. n. 773/1988). Come costantemente affermato dalla Cassazione, l'eventuale interferenza pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione, senza dar luogo ad una questione di giurisdizione. Da qui la consueta affermazione secondo cui si tratta di interferenza tra giudizi e non tra giurisdizioni. Cfr. TENORE, *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018, p. 42 ss., con vari richiami giurisprudenziali nelle note nn. 17, 18 e 30; DELLA VENTURA - GIAMPAOLINO, *Il riparto di giurisdizioni*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, SCHLITZER - MIRABELLI (a cura di), Napoli, 2018, p. 66.

alla «difficoltà di migrare verso la giurisdizione contabile un processo avviato davanti al giudice civile senza i presidi di garanzia stabiliti in sede contenziosa contabile per la fase preprocessuale e per la raccolta degli elementi costitutivi della stessa responsabilità amministrativa», che da parte del legislatore «meritavano una più articolata e adeguata disciplina», ha tuttavia ritenuto che i principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 77/2007 (vd. infra), i quali hanno dato vita all'art. 59, «impongano ogni possibile sforzo interpretativo» ai fini della loro attuazione⁸.

La III Sezione d'appello ha ritenuto che lo svolgimento della fase preprocessuale costituirebbe una «innegabile soluzione di continuità tra la domanda formulata nel giudizio a quo e quella – necessariamente la stessa – che deve essere proposta nel giudizio ad quem». La fase preprocessuale, potendosi concludere con l'archiviazione o con l'emissione dell'invito a dedurre ai fini della proposizione dell'atto di citazione in giudizio, non può essere confusa con la “causa”, anche se ne rappresenta, nella maggior parte dei casi di responsabilità erariale⁹, il prodromo.

La circostanza che il “regresso” alla fase preprocessuale¹⁰ comporterebbe per il pubblico ministero la

possibilità di promuovere o non promuovere la causa, all'esito delle controdeduzioni dell'invitato, è sintomatica del fatto che la fase preprocessuale è “altro” rispetto al giudizio dinanzi al giudice del dibattimento. Detta fase preprocessuale (o “extraprocessuale”, nel momento antecedente alla notifica dell'invito a dedurre), se fosse intesa come necessaria anche a seguito della *translatio*, «costituirebbe una netta cesura tra un giudizio già incardinato e discusso (quello civile) e un giudizio (quello contabile) che “forse”, all'esito della fase preprocessuale, potrebbe essere avviato, ma potrebbe non esserlo».

La III Sezione d'appello ha chiarito che il regresso alla fase preprocessuale farebbe «venir meno l'unicità e quindi la continuità del medesimo processo», snaturando il meccanismo della *translatio iudicii*, poiché in tal caso non appare possibile distinguere «tra migrazione del processo e migrazione della domanda», dal momento che «il processo c'è in quanto c'è una domanda e la migrazione dell'uno e la migrazione dell'altro»¹¹.

Secondo la sentenza in commento, dunque, l'interpretazione del comma 2, ultima parte, dell'art. 59, nel senso in cui imponga come necessario l'invito a dedurre anche nel caso in cui si debba operare la *translatio*, ostacolerebbe la trasmigrazione tra i processi, in modo tale da rendere vanificata la stessa norma dell'art. 59, oltretutto generare un contrasto con i principi sanciti dalla Corte costituzionale, secondo la quale la pluralità dei giudici «non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale», in quanto «potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale

⁸ Cfr. VETRO, *La “translatio iudicii”*, cit., p. 12, «Quale che sia la soluzione che verrà adottata in giurisprudenza, resta ferma l'imprescindibile esigenza della puntuale applicazione della norma, espressione di fondamentali canoni di civiltà giuridica volti all'effettiva tutela giurisdizionale attraverso il conseguimento di una pronuncia che definisca il merito della controversia».

⁹ L'invito a dedurre può essere omesso nei casi in cui si tratti di ipotesi di sanzioni pecuniarie ammesse al rito speciale (art. 133 c.g.c.), ovvero quando si tratti di azione strettamente conseguente ad una sentenza penale di condanna, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 97/2001, stante anche l'esiguità del termine di trenta giorni dalla conoscenza del passaggio in giudicato concesso per il deposito della citazione. Vd. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2018, p. 397. Sotto una diversa ottica, ferma restando la necessità dell'emissione dell'invito a dedurre, cfr. la disciplina del sequestro conservativo *ante causam*, che ai sensi dell'art. 74, comma 1, può essere richiesto “anche” contestualmente all'invito a dedurre; qualora il giudice accolga l'istanza, fissa un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'atto di citazione (art. 74, comma 5, c.g.c.).

¹⁰ La sentenza Sez. Veneto, n. 189/2015, più volte richiamata, pur giungendo a conclusioni diverse, dà conto di queste problematiche: «non può non sottolinearsi che la *translatio*, in questo caso, opererebbe una regressione dell'attuale giudizio in una fase extra-processuale o pre-processuale che dir si voglia, completamente diversa dal “giudizio” che si intende in qualche modo proseguire, cioè al fine di “recuperare” la sequenza procedimentale e consentire, correttamente, l'emissione di una citazione a giudizio di iniziativa del P.M., preceduta dall'immane invito a dedurre e dall'eventuale audizione personale, ove richiesta», concludendo che tale circostanza «comporta un'evidente difficoltà operativa che, oltre a meritare migliore attenzione e ponderazione da parte legislatore del 2009 per lo speciale profilo del processo di responsabilità amministrativa, non può certamente essere invocata come esimente o ragione giustificatrice di inosservanze dei termini perentori e sanzionati pesantemente con l'estinzione del giudizio dalla legge di riforma, oppure sacrificare irrimediabilmente l'esigenza di tutela difensiva da parte del convenuto né, infine, aggirare surrettiziamente o eludere i termini e le forme stabiliti in via eteronoma dal legislatore per l'esercizio delle azioni dinanzi al giudice munito di giurisdizione». Cfr. Sez. Lombardia, sentenza-ordinanza n. 23/2015, che al contrario ritenendo ammissibile il meccanismo della *translatio*, ha assegnato alla Procura «un termine stimato congruo in 180 gg per effettuare le necessarie indagini e adottare gli atti di propria competenza, al fine dell'instaurazione del giudizio».

bilmente l'esigenza di tutela difensiva da parte del convenuto né, infine, aggirare surrettiziamente o eludere i termini e le forme stabiliti in via eteronoma dal legislatore per l'esercizio delle azioni dinanzi al giudice munito di giurisdizione». Cfr. Sez. Lombardia, sentenza-ordinanza n. 23/2015, che al contrario ritenendo ammissibile il meccanismo della *translatio*, ha assegnato alla Procura «un termine stimato congruo in 180 gg per effettuare le necessarie indagini e adottare gli atti di propria competenza, al fine dell'instaurazione del giudizio».

¹¹ Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 27163/2018 cit., la quale escludendo la necessaria prosecuzione del processo ai fini della conservazione degli effetti (come parrebbe avvenire nel caso sia consentito optare per la riassunzione, secondo l'interpretazione della Cassazione dell'art. 59 cit.), ritiene pur sempre che, ai fini della riproposizione, la domanda «deve essere nuovamente – e tempestivamente – proposta, con contenuto non diverso dalla precedente». Nel caso della riproposizione, che come accennato è diverso dal caso di riassunzione in esame, anche se è ormai incontrovertibile che si abbia l'instaurazione di un nuovo giudizio, il quale segue la diversa disciplina processuale applicabile, le Sezioni Unite ritengono che la domanda debba comunque avere «un contenuto non diverso dalla precedente». Critico con tale impostazione, ed in generale con il meccanismo della *translatio*, MAZZAMUTO, *La translatio iudicii si “schiude”?*, cit., p. 660 ss., dal momento che «Nell'art. 59 cit., la progressione dei commi non è costruita attorno a due fattispecie, bensì soltanto ad una»; infatti “il legislatore usa diverse espressioni, ma in modo palesemente promiscuo ed unitario».

da incidere sulla sua effettività», considerato che «le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito» (Cor.cost. sent. n. 77/2007).

4. *Translatio iudicii*: diversi meccanismi

A margine dell'innovativa applicazione della *translatio iudicii* tra giudizio civile e giudizio contabile, è utile – se non necessario – riprendere alcune riflessioni riguardo la conformazione che l'istituto ha assunto nel nostro ordinamento, lungi dal voler limitarsi solamente a svolgere una ricognizione delle incongruenze della normativa, ma cercando di offrire soluzioni dal punto di vista rimediabile.

Già prima dell'introduzione della *translatio* ad opera del legislatore, sollecitata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 77/2007, ma ammessa dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 4109/2007 di poco anteriore¹², la migrazione del processo è stata intesa in maniera non identica¹³, generando quell'ambiguità di fondo che è ancora oggi ravvisabile nel disposto dell'art. 59 della legge n. 69/2009¹⁴.

Dall'importante dibattito che ne è conseguito sono emerse diverse interpretazioni:

- l'una volta a considerare i diversi “segmenti processuali” nei distinti plessi giurisdizionali quali parti di un unico giudizio, similmente a quanto avviene per le questioni interne di competenza *ex art. 50 c.p.c.*, in accordo con lo schema della riassunzione configurato dalla Corte di cassazione¹⁵;

- l'altra, maggiormente incline all'impostazione della Consulta, secondo la quale, in estrema sintesi, è necessaria l'instaurazione di un nuovo giudizio, non potendosi ammettere il meccanismo della riassunzione tra giudici ordinari e giudici speciali, ferma restando la possibilità di conservare gli effetti processuali e sostanziali della domanda attraverso la sua “riproposizione”¹⁶.

La possibilità di proseguire il giudizio dinanzi al giudice fornito di giurisdizione, a seguito della declinatoria da parte del giudice adito in precedenza, con la conseguente possibilità di conservare gli effetti prodotti dalla domanda, ha dato ingresso nel nostro ordinamento al principio di comunicabilità tra le giurisdizioni, nell'ottica dell'unitarietà funzionale nell'erogazione della tutela giurisdizionale. Sia la Corte costituzionale che la Corte di cassazione hanno infatti sottolineato l'esigenza che l'intero sistema giurisdizionale, in base ai principi di effettività e ragionevole durata del processo sanciti dagli artt. 24 e 111 della Costituzione, debba essere diretto a risolvere le controversie, per quanto possibile, nel merito.

Tuttavia, dalle diverse ipotesi interpretative, risulta che la comunicabilità tra le giurisdizioni non sempre comporta la comunicabilità dei processi, ovvero tra i suoi differenti segmenti.

Volgendo lo sguardo adesso al processo ammini-

dei conti in esame riprende esplicitamente tale orientamento, «come osservato dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. n.15223/2016) la migrazione nel processo richiede che la domanda resti “cristallizzata nei medesimi termini della domanda originaria”: solo a queste condizioni, non venendo meno l'unicità del giudizio, si avrà la salvezza degli effetti della domanda originaria». Ad ogni modo, alla luce della successiva giurisprudenza delle Sezioni Unite citata, è pur sempre configurabile, all'interno della norma generale di cui all'art. 59 più volte richiamato, la possibilità di riproporre “nuovamente” la domanda giudiziale, con conservazione degli effetti nel “nuovo giudizio”, la quale, al di là degli adattamenti richiesti, non deve essere nuova ed autonoma, di contenuto diverso da quella azionata nel precedente giudizio (Cass., sez. un., ord. n. 19045/2018; da ultimo, sez. un., sent. n. 27163/2018).

¹⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 77/2007. Cfr. PAJNO, *Costruzione del sistema di tutela*, cit., p. 963, «la Consulta, invece di prendere atto del “diritto vivente” secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, passa ad una sorta di sindacato di tale interpretazione», ritenendo «non percorribile la strada della Cassazione», la quale come accennato ha ritenuto applicabile il meccanismo della riassunzione per i conflitti di competenza (interni allo stesso plesso giurisdizionale) anche per le questioni di giurisdizione. Secondo Pajno, *ivi*, «il rilievo evidenzia sia che per il superamento della c.d. incomunicabilità delle giurisdizioni non è necessaria la trasmissibilità dei processi – e cioè la possibilità che il medesimo processo continui in sede giurisdizionale diversa da quella in cui è iniziato – ma è sufficiente l'esistenza di una regola idonea a far salvi gli effetti (sostanziali e processuali) della domanda». Sulla diversa impostazione assunta dalla Consulta, cfr. inoltre ORIANI, *È possibile la “translatio iudicii”*, cit., p. 1013; RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, 3, pp. 693-706; ID., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusioni di idee*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, 6, pp. 1537-1545.

¹² Le sentenze sono state pubblicate in varie riviste, *ex multis* in *Il Foro italiano*, 2007, fasc. 4, pt. 1, pp. 1013-1025, *ivi* annotate da Oriani, *È possibile la “translatio iudicii” nei rapporti tra Giudice ordinario e Giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, nota a C. Cost. 12 marzo 2007, n. 77; Cass. sez. un. civ. 22 febbraio 2007, n. 4109.

¹³ Sulla diversa ricostruzione della *translatio* da parte della Cassazione e della Consulta, PAJNO, *Costruzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: translatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 9, pp. 960-966, secondo cui le due Corti «fanno riferimento a tecniche diverse, di tipo processuale la prima (che ritiene appunto anche di iure condito il meccanismo della *translatio iudicii*), di tipo sostanziale la seconda (la conservazione degli effetti prodotta dalla domanda proposta dinanzi al giudice sfornito di giurisdizione)»; Cfr. CIARAMELLA, *Le decisioni della Corte di cassazione sulla giurisdizione contabile: possibilità di una translatio iudicii*, cit., p. 3.

¹⁴ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, vol. 1, p. 395 e ss., con ampia disamina della disciplina dell'art. 59 della l. 69/2009 e delle pronunce della Cassazione e della Consulta, nonché per alcuni cenni al dibattito intervenuto in dottrina; Cacciavillani, *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di Scoica, Torino, 2017, p. 487 e ss., sulla “contaminazione semantica” all'interno dell'art. 59, tra lo strumento della riassunzione e quello della riproposizione della domanda.

¹⁵ La Corte di Cassazione nella pronuncia del 2007, n. 4109 ha chiarito che lo schema della riassunzione è insito nella disciplina della *translatio iudicii*, in quanto la domanda, per conservare i suoi effetti, deve essere la medesima. La sentenza della Corte

strativo, che ha visto sorgere il proprio codice nel 2010 sulla base della delega contenuta nella medesima legge n. 69/2009, l'istituto ha assunto una disciplina speciale (Cass., sez. un., sent. n. 27163/2918, in particolare punto 6.1), la quale tutt'oggi porta ad interrogarsi sulla corretta configurazione della migrazione della domanda tra giurisdizioni diverse, a partire dai dubbi già posti dall'intrigo dei commi dell'art. 59¹⁷.

Come è stato fatto notare la delega per il c.p.a., di cui alla legge n. 69/2009 medesima, contiene all'art. 44, comma 2, lett. e) delle indicazioni per il legislatore, volte al riordino della normativa, che parlano esplicitamente di riassunzione¹⁸, e non diversamente di riproposizione della domanda con conservazione degli effetti. Mentre l'art. 11 del d.lgs. n. 104/2010, fa riferimento unicamente alla "riproposizione" del giudizio e della domanda, che comporta l'insorgere di un nuovo processo, pur fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali già prodotti con la prima domanda, come chiarito anche dal Consiglio di Stato¹⁹.

¹⁷ CACCIAVILLANI, *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, cit., p. 488, «il legislatore delegato, nell'introdurre la disciplina recata dall'art. 11 c.p.a., non solo non ha sciolto i dubbi ingenerati dall'art. 59, legge n. 69/2009, ma li ha riproposti intatti e anzi aggravati». CONSOLO, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo "Codice della giustizia amministrativa"*, in *Corriere giuridico*, 2010, 6, pp. 758-770; *Id.* "Translatio", *regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in *Corriere giuridico*, 2011, 3, p. 355. Nell'ambito della giustizia contabile, cfr. Sez. Giur. Veneto, n. 189/2015, più volte citata: «Occorre rilevare (conforme Sez. Giur. Campania, n. 357/2014) che la non limpida formulazione della norma è stata foriera di non pochi problemi applicativi. In particolare, i lemmi di cui si compone la disposizione sembrano posti al centro di un profondo dissidio (del quale sono intrisi) che il legislatore, lungi dal comporre, sembra aver soltanto acuito». Si tenga conto che la successiva giurisprudenza delle Sezioni Unite ha invece valorizzato le differenze semantiche dell'art. 59, rendendo possibile l'operare di entrambi i meccanismi della riassunzione e della riproposizione.

¹⁸ Art. 44, co. 2, lett. e): «razionalizzare e unificare la disciplina della riassunzione del processo e dei relativi termini, anche a seguito di sentenze di altri ordini giurisdizionali». Secondo PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 9, p. 889, nella delega «era dunque chiara la scelta per la configurazione non solo di una unica funzione giurisdizionale, il cui esercizio è ripartito fra diversi ordini di giudici, ma anche di un vero e proprio reticolo processuale comune, che consente la comunicabilità delle giurisdizioni e la attua attraverso la possibilità di saldare insieme segmenti processuali diversi». Cacciavillani, *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, cit., p. 488, ritiene che «l'ambiguità che connota l'art. 59, legge n. 69/2009 vada superata alla luce di quanto univocamente dispone» la norma contenuta nella legge delega appena citata, «e che pertanto la translatio si realizzi, ex art. 59 legge n. 69/2009, in forza di riassunzione».

¹⁹ Vd. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 19 gennaio 2018, n. 353: «in sede di translatio iudicii la domanda risulta essere stata unicamente oggetto di mero adeguamento formale alle formule di stile tipiche del processo amministrativo, risultando nella sostanza la diretta ed espressa – e dunque del tutto corretta e

La Relazione al Codice del processo amministrativo²⁰, esponendo le ragioni per cui si è optato per la scelta (a prima vista solo lessicale) del meccanismo della riproposizione in luogo di quello della riassunzione (pur a fronte delle proposte di modifica da parte della Commissione Affari costituzionali del Senato e della Commissione Giustizia della Camera), ha inteso che qualora la riassunzione «implica la totale conservazione degli atti compiuti nel primo giudizio svoltosi davanti a un giudice privo di giurisdizione, ciò sarebbe in contrasto con il disposto dell'ultimo comma dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009 [...], oltre che con il comma 2 dello stesso art. 59, recante la norma cardine in materia di translatio, che fa parimenti riferimento alla riproposizione della domanda davanti al giudice fornito di giurisdizione».

Dalla stessa Relazione al Codice, è dunque possibile osservare l'equivocità nella genesi della *translatio* a partire dall'art. 59, pur considerando, come viene fatto notare dalla Relazione, che la Corte costituzionale con la sentenza n. 77 del 2007, come successivamente ribadito nella sentenza n. 223/2011, ha rimesso al legislatore le modalità di realizzazione dell'istituto, purché assicurati il principio di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda²¹.

certamente ammissibile – trasposizione della medesima domanda in origine proposta dinanzi al giudice civile che, a seguito della declaratoria di difetto di giurisdizione resa del Tribunale ordinario, è stata meramente traslata dinanzi al giudice amministrativo (diversamente opinando, peraltro, la riproposizione della domanda davanti a un diverso plesso giurisdizionale – tale essendo per legge quella che per brevità si usa chiamare *translatio iudicii*, ossia tutt'altro che una riassunzione che invece postulerebbe l'identità delle giurisdizioni adite – finirebbe con il risultare di norma impossibile, per mero effetto delle diverse formulazioni verbali che connotano esercizio dell'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo rispetto alle domande sottoposte alla cognizione di quello civile». Anche se va concessa elasticità nella modalità di formulazione della domanda riproposta, correlabile alle differenze strutturali tra le varie giurisdizioni, la trasposizione della domanda prevede comunque dei limiti (per un recente caso pratico, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 25 maggio 2018, n. 3142).

²⁰ Consultabile anche su www.giustizia-amministrativa.it, e riportata, per quel che qui interessa, da CONSOLO, "Translatio", *regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, cit., p. 356.

²¹ PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., p. 889, «Nella scelta operata con il testo finale del Governo, di sostituire la riassunzione del medesimo processo già iniziato dinanzi al giudice privo di giurisdizione con la riproposizione di un nuovo processo dinanzi a tale giudice c'è, più che un'attenzione alle conseguenze pratiche, una sorta di timore del mare aperto dell'unità funzionale della giurisdizione ed una forse involontaria estrema difesa della sicurezza garantita da una specialità che si ha timore di perdere: di una specialità in cui le forme sostanziali e quelle processuali fanno talmente corpo tra di loro da escludere qualsiasi comunicazione». Critico con tale scelta anche CONSOLO, "Translatio", *regolamento*, cit., p. 356, «ci pare venga eccessivamente, nella detta Relazione, valorizzato il dato letterale, quando invece la terminologia imprecisa e altalenante che caratterizza la disposizione richiamata,

L'art. 11 del codice del processo amministrativo²² non ha quindi eliminato i dubbi interpretativi sulla *translatio*, ma ha piuttosto reso un quadro frastagliato rispetto alle diverse ricostruzioni operabili, anche in termini di rapporti tra giurisdizioni²³ nell'ambito della loro unicità funzionale (Cor. cost. n. 77/2007). Si pensi al comma 3 dell'articolo 11, che nel caso di conflitto negativo, anziché consentire al giudice di sollevare il regolamento preventivo di giurisdizione, come sembrerebbe previsto dallo stesso comma 3 dell'art. 59, prevede la diversa possibilità di sollevare d'ufficio il conflitto di giurisdizione²⁴.

5. L'art. 17 del nuovo Codice di giustizia contabile

In questo contesto, come avvenuto per il processo amministrativo, l'art. 17 del Codice di giustizia contabile (decreto legislativo n. 174 del 2016) ha trasfuso il contenuto dell'art. 59, legge n. 69/2009 nell'ordinamento processuale della Corte dei conti, pur senza riportarne in maniera integrale il contenuto. Anche l'art. 17 c.g.c., come l'art. 11 c.p.a., fa più volte riferimento alla riproposizione del giudizio, mentre solo al comma 2 parla di riassunzione del processo.

Il meccanismo che impone la riproposizione della domanda, come accennato, valorizza la separazione e

ossia l'art. 59, rende pressoché inservibile, se non guidato da una superiore opzione sistematica, questo criterio di interpretazione». Di diverso avviso MAZZAMUTO, *La translatio iudicii si "schiude"*, cit., p. 663 ss., come visto, a partire dall'impossibilità derivante dal meccanismo della riassunzione di adattare in maniera utile la domanda, che va invece specificamente riproposta, ha ritenuto che la *translatio* abbia «determinato non solo false aspettative di garanzia, ma addirittura, con il trabocchetto della prigione, una potenziale e inconsapevole perdita di tutela rispetto ai percorsi tradizionali».

²² Per una più analitica disamina, *Commentario al Codice della Giustizia amministrativa*, promosso dalla Associazione degli Studiosi del processo amministrativo, a cura di Villata, Torino, 2011.

²³ Per una riflessione nella direzione dell'applicazione dei meccanismi del conflitto di competenza anche ai rapporti tra diverse giurisdizioni, SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 9-10; cfr. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali*, cit., p. 833 e ss., il quale ritiene ormai "cedevole" la differenza tra «attribuzione» e «ripartizione» del potere giurisdizionale.

²⁴ Vd. CONSOLO, *"Translatio", regolamento*, cit., p. 353, nota 5, secondo cui il richiamo all'istituto del conflitto di giurisdizione risulta "oltremodo impreciso", dal momento che l'art. 362, comma 2, n. 1) c.p.c. presuppone l'avvenuta emanazione di due distinte pronunce da parte di giudici appartenenti a diversi plessi, entrambe dichiarative della giurisdizione (conflitto positivo) o declinatorie (conflitto negativo); l'incongruenza dell'art. 11, comma 3 c.p.a. sta nel fatto che lo strumento «mira proprio a prevenire in radice la possibilità di conflitto negativo» dal momento che impone al giudice *ad quem*, che si ritenga a sua volta carente di giurisdizione, di non pronunciarsi, e richiedere l'intervento della Cassazione. Anche l'art. 17 c.g.c. (vd. *infra*) al comma 3 parla di conflitto di giurisdizione, in sintonia con l'art. 11 c.p.a., mentre si considera comunque la possibilità di sollevare il regolamento di giurisdizione d'ufficio da parte del giudice *ad quem*, vd. RAZZANO, in *Il codice della giustizia contabile, commento articolo per articolo*, cit., p. 106 e 109.

la specialità dei diversi plessi giurisdizionali, in quanto sottende la necessità di adattare la domanda giudiziale alle forme e alle regole proprie delle giurisdizioni speciali di cui all'art. 103 della Costituzione (cfr. la sentenza n. 77/2007 della Corte costituzionale). Il principio della comunicabilità tra le giurisdizioni comporta la possibilità di conservare gli effetti prodotti dalla domanda proposta al giudice che si è dichiarato sfornito di giurisdizione, ma non consente di evitare il necessario riadattamento della domanda, ai fini della riproposizione di fronte al diverso giudice²⁵.

Essendo queste le ragioni alla base del meccanismo della riproposizione della domanda con conservazione degli effetti, va in ogni caso segnalato il mancato richiamo (sia nella formulazione dell'art. 17 c.g.c. che dell'art. 11 c.p.a.) all'ultima parte del comma 2 dell'art. 59 più volte accennato, secondo la quale «la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile», anche avendo implicitamente fatto proprio il meccanismo della riproposizione²⁶. Ciò nonostante, le Sezioni Unite della Corte di cassazione ritengono applicabile il disposto dell'art. 59, nei rapporti tra il giudice ordinario e i giudici speciali, secondo il canone di specialità, che interverrebbe soltanto in via sussidiaria nel caso si rinvenissero lacune della regolamentazione (Cass. civ., sez. un., sent. n. 27163/2018, cit.).

La configurazione della "riproposizione" attraverso le modalità e le forme del rito applicabile, come si affronterà di seguito, può essere intesa nel senso della

²⁵ La sentenza della Corte dei conti, partendo dalla necessità che «la "translatio" debba riguardare un processo il cui perimetro sia stato già definito dalle domande formulate dall'attore davanti al giudice a quo», pur ammettendo la necessità di dover "adattare" la domanda al diverso tipo di giudizio, ritiene che non è possibile «distinguere tra migrazione del processo e migrazione della domanda: il processo c'è in quanto c'è una domanda e la migrazione dell'uno è anche la migrazione dell'altro». Cfr. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 14, secondo il quale la *translatio* consente alla parte «di trasferire, con un atto di riassunzione, davanti al giudice giurisdizionalmente competente, il giudizio già proposto dinanzi al giudice dichiarato privo di giurisdizione, senza essere costretta ad instaurare *ex novo* un giudizio al riguardo».

²⁶ Atteso il mancato richiamo a questa parte dell'art. 59 anche nel disposto dell'art. 11 del c.p.a., il legislatore non ha affrontato la possibilità di mutamento della domanda giudiziale. Cfr. CACCIAVILLANI, *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, cit., p. 489, «Pur non avendo disposto alcunché su questa problematica, sembra peraltro che proprio per aver impiegato, al fine di consentire la trasmigrazione dall'uno all'altro giudice, lo strumento della riproposizione del giudizio, specificando che ciò che è suscettibile di essere riproposto è, appunto, il giudizio e non la domanda in senso formale, l'art. 11 abbia inteso sancire che ciò che trasmigra è l'oggetto del giudizio, ossia la domanda di protezione della situazione giuridica soggettiva (o domanda di giustizia intesa in senso sostanziale)». Sul tema cfr. OROFINO, *"Translatio iudicii" e modifica della domanda innanzi al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, pp. 44-89; MAZZAMUTO, *La translatio iudicii si "schiude"*, cit., p. 661 ss.

necessaria previa emissione dell'invito a dedurre per le azioni di responsabilità erariale, ai fini della traslazione dal processo civile a quello contabile; tuttavia la sentenza che si commenta ha ritenuto che l'espletamento della tipica fase preprocessuale del giudizio erariale "finirebbe per costituire un ostacolo alla translatio o comunque per vanificarne i contenuti".

Riguardo invece la mancata riassunzione nei termini, l'art. 17 non prevede l'estinzione del giudizio *a quo* come nel comma 4 dell'art. 59, anche se il vuoto sembra essere colmato²⁷ dallo stesso art. 59, applicabile come visto sulla scorta del principio di specialità, o comunque in base alla disciplina del nuovo codice²⁸ (cfr. art. 111 c.g.c.), con conseguente declaratoria di estinzione d'ufficio, a cui si arriva seguendo entrambe le opzioni.

Assume notevole portata innovativa rispetto alla disciplina della *translatio* il comma 8 dell'art. 17, il quale impone espressamente all'amministrazione danneggiata di riproporre la domanda dinanzi al giudice munito di giurisdizione (che non può che essere il g.o.), entro sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza contenente la declinatoria di giurisdizione (che in base alla stessa norma, può anche essere una pronuncia della Cassazione). Attraverso tale previsione si è quindi agevolmente aggirato l'ostacolo, quantomeno per la traslazione dal giudizio contabile a quello civile, rappresentato dalla non identità del legittimato attivo nei giudizi per danno erariale, in quanto il PM non può essere in ogni caso legittimato a riassumere la causa dinanzi al giudice civile²⁹.

²⁷ RAZZANO, in *Il codice della giustizia contabile, commento articolo per articolo*, cit., p. 108.

²⁸ Il Codice di giustizia contabile, a differenza del vecchio regolamento di procedura del 1933, il quale prevedeva il rinvio dinamico alle norme del codice di procedura civile (come nell'attuale art. 39 c.p.a., in cui è previsto il "rinvio esterno" al c.p.c.), all'art. 7 prevede diversamente una forma di "rinvio interno" allo stesso c.g.c., da considerarsi come "autosufficiente", mentre le norme del c.p.c., a parte quelle richiamate espressamente dal medesimo art. 7 c.g.c., possono essere applicate solo «in quanto espressione di principi generali». Per quanto riguarda le norme di attuazione, invece, l'allegato 2 al c.g.c., art. 25, contempla ancora «per quanto non espressamente previsto» il rinvio esterno alle norme di attuazione del c.p.c., compresa, per quel che qui interessa, la norma contenuta all'art. 125 disp.att. c.p.c. che ha ad oggetto l'atto di riassunzione.

²⁹ Vd. *supra* note nn. 1, 6 e 7. Il mancato assolvimento di tale onere di riproposizione comporta l'insorgere di una ulteriore responsabilità erariale nei confronti del personale dell'amministrazione danneggiata, qualora non ci si attivi per riassumere il giudizio. Tale forma di deterrenza, avverso la mancata coltivazione della pretesa risarcitoria in sede civile, potrebbe consentire alle procure della Corte dei conti, dopo aver ottenuto la declinatoria di giurisdizione in sede contabile, di "imporre" l'esercizio dell'azione da parte dell'amministrazione, la quale è costretta a riassumere la causa, in ambiti nei quali l'azione non viene sovente esercitata: si pensi all'ipotesi delle società partecipate pubbliche, in cui oltre all'incertezza del perimetro della giurisdizione contabile (nella quale l'azione è obbligatoria), si aggiunge la circostanza che molte amministrazioni possono non esercitare l'azione nei confronti

L'art. 17, comma 6, nonché il comma 8 appena richiamato, considera le prove raccolte nel diverso segmento processuale come meri argomenti di prova, utilizzabili dal giudice *ad quem* in base al suo libero convincimento (art. 116 c.p.c.), con una vistosa differenza rispetto alle ipotesi di riassunzione ex art. 50 c.p.c., applicabile alle questioni di competenza interne. Anche se il giudizio continua di fronte al giudice fornito di giurisdizione, egli potrà considerare il processo come se fosse iniziato *ex novo*, non essendoci nel giudizio *ad quem* alcun vincolo riguardo le risultanze probatorie raggiunte nel giudizio *a quo*³⁰.

A ciò si aggiunge inoltre che le diverse interpretazioni della *translatio* possono non trovare composizione, non essendo le diverse giurisdizioni sottoposte al controllo di legittimità della Cassazione, se non per i motivi di giurisdizione ex art. 360, n.1 del codice di rito³¹. Per tali motivi è interessante chiedersi se le indicazioni contenute nella giurisprudenza delle Sezioni Unite cit., possano essere ritenute vincolanti anche per i giudici degli altri plessi giurisdizionali, qualora vengano valutate come pronunce in materia di giurisdizione (limiti esterni), ovvero non vincolanti in quanto interpretazione della disciplina processuale e sostanziale (limiti interni) (Cor. cost., sent. n. 6/2018). Peraltro, dal momento in cui la recente pronuncia delle Sezioni Unite (sent. n. 27163/2018) ha avuto ad oggetto decisioni del giudice speciale (nel caso di specie, del Tribunale delle acque pubbliche), alla luce della "chiusura" a seguito della sentenza della Consulta n. 6/2018, non

degli amministratori della società nominati da loro stesse. Sull'attuale configurazione del riparto di giurisdizione in materia di società partecipate, cfr. DELLA VENTURA, GIAMPAOLINO, *Il riparto di giurisdizioni*, cit., p. 66 ss.

³⁰ La pronuncia che riguarda la declinatoria di giurisdizione non può infatti interferire con il merito, demandato al giudice munito di giurisdizione, come ha chiarito la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 77/2007: a conferma di tale principio si tenga conto che secondo l'art. 111, comma 8, della Costituzione la Cassazione può soltanto vincolare i giudici speciali «a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione». Dalla pronuncia della Consulta risulta chiaro l'intento di voler scongiurare ogni vincolo per il giudice munito di giurisdizione successivamente adito, in quanto, dal momento che spetta solo a lui decidere la controversia, la statuizione sulla giurisdizione e le attività istruttorie precedentemente poste in essere non possono pregiudicare «le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda», dovendo lasciare al giudice giurisdizionalmente competente lo spazio del libero convincimento previsto dall'art. 116 c.p.c.. Cfr. in tal senso la recente sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, pubbl. in *Giurisprudenza italiana*, 2018, fasc. 3, pp. 704-708 con commento di MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in relazione al sindacato dei soli "limiti esterni" da parte della Corte di cassazione riguardo le questioni di giurisdizione.

³¹ Vd. SCOCA, *Profili generali. Processo di responsabilità e amministrazione danneggiata: osservazioni minime*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, SCHLITZER - MIRABELLI (a cura di), cit., pp. 514-515.

può che ritenersi che la Cassazione abbia ritenuto la materia attinente alle questioni di giurisdizione (art. 360, n. 1 c.p.c., cit.).

La differenza con la possibilità di riassumere la causa senza soluzione di continuità è notevole, dal momento che i risultati eventualmente raggiunti nel giudizio *a quo* verrebbero considerati come se ne fosse dichiarata l'estinzione (pur fatti salvi gli effetti della domanda), in quanto in maniera identica l'art. 111 c.g.c. considera le prove assunte nel giudizio estinto come argomenti di prova liberamente valutabili dal giudice (come il corrispondente art. 310 c.p.c.). Il che può stridere con l'affermato principio di unicità funzionale tra le giurisdizioni, specie riguardo alle istanze di ragionevole durata del processo e di economia processuale, ma che tuttavia risulta aderente all'impostazione offerta dalla Consulta³², secondo la quale il processo iniziato dinanzi al giudice sfornito di giurisdizione si considera comunque viziato *ab origine*, pur tenendo presente la necessità di conservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta.

Pur facendo salvo il meccanismo della riassunzione, le Sezioni Unite (sent. 27163/2018, più volte cit.), ritenendo ammissibile anche il diverso meccanismo della riproposizione, considerano che *“Gli effetti della domanda pertengono al merito di essa, il cui esame è devoluto al giudice munito di giurisdizione; e la riassunzione identifica soltanto uno dei possibili strumenti per mezzo dei quali il processo riesce a pervenire al giudice che può conoscerlo, nel rispetto del principio della necessaria salvaguardia degli effetti, che, essendo immanente nell'ordinamento, va comunque salvaguardato”*.

Quanto agli effetti sostanziali della domanda, se non viene rispettato il termine di decadenza eventualmente previsto dinanzi al diverso giudice, la *translatio iudicii* non consente di rimediare alla tardività della domanda proposta inizialmente; mentre per quanto riguarda la prescrizione, l'aver attivato il processo, anche se dinanzi al giudice errato, comporta l'applicazione degli effetti interruttivo e sospensivo di cui agli artt. 2943 e 2945³³. L'intervenuta decadenza può esse-

³² RAZZANO, in *Il codice della giustizia contabile, commento articolo per articolo*, cit., p. 111.

³³ SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 17, «il sistema funziona solo se vi è omogeneità nel termine di decadenza entro cui proporre la domanda, indipendentemente da quale sia il giudice competente a conoscerne, o se il termine risulti essere comunque rispettato». Riguardo il termine di prescrizione (che rimane sospeso durante la durata del processo) invece, oltre alla richiamata disciplina del codice civile, l'interruzione può avvenire anche grazie alla notifica dell'invito a dedurre da parte del PM contabile, qualora contenga formale atto di costituzione in mora (art. 66 c.g.c.). Altra particolarità, nel giudizio contabile, è l'ulteriore termine di due anni che si va ad aggiungere a quello quinquennale generale. Le innovazioni sono state previste dalla legge delega per il c.g.c., art. 20, comma 2, lett. d), legge n. 124/2015, di cui dà conto la relazione al Codice: il principio di delega «vuole cristallizzare in un termine finale di 7 anni quello ritenuto sufficiente dal legislatore a contemperare le esigenze delle

re sanata, non dalla *translatio iudicii* ma, dalla rimesione in termini per errore scusabile, come previsto al comma 5 dell'art. 17 (corrispondente all'art. 11, co. 5, c.p.a.)³⁴.

Per quanto riguarda le misure cautelari disposte dal giudice sfornito di giurisdizione, a norma dell'art. 17, comma 7, c.g.c. esse perdono efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento con cui il giudice che le ha emanate dichiara il proprio difetto di giurisdizione. Come per l'analogo art. 11 c.p.a., comma 7³⁵, sussiste ancora un iato temporale tra il termine ultimo previsto per la riproposizione del giudizio (tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria di giurisdizione, che diventano sei qualora sia l'amministrazione a dover riproporre la causa, ai sensi dell'art. 17, co. 8), e la c.d. *ultrattività* della misura cautelare disposta (trenta giorni), che può comprimere entro tale limite l'esigenza di proseguire il giudizio, al fine di non perdere la misura cautelare³⁶.

Qualora l'amministrazione (ai sensi dell'art. 17, comma 8 c.g.c., cit.), o il procuratore regionale, intendano conservare la misura cautelare attraverso la *translatio iudicii*, la disciplina determina una significativa compressione dei termini concessi ai fini della riassunzione, poiché impone di riattivare il processo dinanzi al giudice indicato entro il diverso termine di trenta giorni.

6. Il mancato svolgimento della fase preprocessuale a seguito della *translatio*

Secondo l'interpretazione del giudice contabile, di cui in particolare nelle sentenze delle Sezioni Riunite nn. 7/98 e 14/98, nel giudizio per responsabilità erariale l'invito a dedurre rappresenta una condizione di promovibilità dell'azione, in quanto, in sua mancanza, la domanda diviene inammissibile, e può essere rinnovata solo previo invito nei confronti del presunto

indagini con quelle di garanzia difensiva». Si nota quindi che, rispetto al giudizio civile, nemmeno per il termine di prescrizione c'è piena omogeneità a seconda del giudice adito.

³⁴ Cfr. MAZZAMUTO, *La translatio si “schiude”?*, cit., p. 663 ss.

³⁵ CACCIAVILLANI, *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, cit., p. 489, «ad accentuare la cesura tra precedente giudizio e giudizio riproposto» l'art. 11 c.p.a. prevede che «le misure cautelari concesse nel precedente giudizio perdono la loro efficacia con il decorso di trenta giorni dal deposito della pronuncia declinatoria della giurisdizione del giudice che le ha pronunciate».

³⁶ RAZZANO, in *Il codice della giustizia contabile, commento articolo per articolo*, cit., p. 112, con riferimenti anche in dottrina e giurisprudenza, «Non può sottacersi che l'orientamento, in forza del quale la previsione del primo comma dell'art. 669-novies, laddove prevede l'inidoneità della misura cautelare a sopravvivere all'estinzione del giudizio (espressione del principio di strumentalità), sia estensibile anche alle ipotesi di chiusura in rito del processo, era stato attento a riservare ben diversa sorte all'ipotesi in cui la pronuncia in rito era in grado di dar luogo alla *translatio* (come nel caso dell'incompetenza). In questi casi, l'inefficacia era comminabile soltanto qualora il processo non fosse stato tempestivamente riassunto dinanzi al giudice *ad quem*».

responsabile³⁷.

L'istituto ha la duplice funzione di consentire all'invitato di svolgere le proprie argomentazioni difensive, al fine di evitare la citazione in giudizio; nonché di garantire nel contempo la massima possibile completezza istruttoria, tenendo conto anche di correlate esigenze di economia processuale.

Nel conseguente atto di citazione il procuratore non è tenuto a motivare le ragioni per le quali ha disatteso, anche in toto, le deduzioni fornite dal presunto responsabile, poiché l'invito a dedurre non determina «l'insorgere di un contraddittorio pre-processuale tra P.R. ed invitato». Tale onere di motivazione «finirebbe per trasformare la fase istruttoria, di cui il P.R. è il dominus, in un anomalo diretto contenzioso tra il medesimo e l'invitato imponendo contemporaneamente funzioni, nonché obblighi di motivazione, propri del giudicante», cosicché il pubblico ministero potrebbe disattendere le deduzioni dell'invitato motivando «in modo sintetico od essere persino implicito nel fatto stesso che viene emesso l'atto di citazione» (SS.RR. n. 14/98)³⁸.

³⁷ GRIBAUDO, in *Il codice della giustizia contabile, commento articolo per articolo*, cit., p. 254; MARGIOTTA, *L'invito a dedurre*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, SCHLITZER - MIRABELLI (a cura di), Napoli, p. 569 ss.; VICECONTE, *Il giusto processo "preso sul serio": giudizio contabile e fase pre-processuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 3, pp. 2711-2723. Nella diversa ipotesi del decorso del termine di 120 giorni ad emettere la citazione, cfr. Sciascia, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 408, in particolare nota n. 101, la «possibilità di una semplice rinnovazione della procedura del contraddittorio preliminare è esclusa dalla esigenza di tutela del diritto di difesa dell'indagato a non vedere protratta *sine die* l'incertezza circa la propria situazione di presunto responsabile»; *ivi*, p. 409, nota n. 104, in cui si richiama Sez. III app., sent. n. 267/2007, diversamente qualora muti il titolo e/o l'oggetto della responsabilità riguardo a una vicenda già istruita, il PM mantiene il potere di formulare un altro invito riguardo la medesima vicenda, poiché «trattandosi di diverso illecito gestorio, specie se la necessità di integrazione e di correzione derivi dalle osservazioni formulate dal primo invitato nelle sue deduzioni o in sede di audizione»; infatti, «in mancanza di elementi di novità la duplicazione dell'invito si sostanzia in una non consentita remissione in termini, con conseguente inammissibilità della citazione tardivamente proposta» (Sez. III app., sentenza n. 267/2007).

³⁸ Cfr. CHIARENZA - EVANGELISTA, in *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di TENORE, cit., p. 669-670, secondo cui il c.g.c. non è intervenuto, lasciando operanti i principi sanciti dalla giurisprudenza in esame, con una nuova disciplina sull'obbligo di motivazione sulle ragioni per le quali il procuratore ha disatteso le deduzioni e i documenti offerti dall'invitato per pervenire all'archiviazione, «in quanto non può configurarsi un improprio contraddittorio» durante la fase pre-processuale, «al di fuori delle regole e delle garanzie proprie di un processo innanzi ad un giudice terzo, il cui inizio deve essere individuato nella richiesta rivolta al giudice di condanna del convenuto per i fatti dedotti nell'atto di citazione»; MARGIOTTA, *L'invito a dedurre*, cit., p. 571 che riporta in nota anche la più recente sentenza Sez. Giur. Lazio, n. 113/2015, la quale ha statuito che «la mancata congrua motivazione nell'atto di citazione, delle giustificazioni prodotte dal destinatario dell'invito a dedurre

L'orientamento del giudice contabile è senz'altro compatibile con la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha più volte ribadito che durante la fase istruttoria e pre-processuale la procura non esercita poteri decisorii, propri della fase giurisdizionale.

Il Giudice delle leggi ha chiarito (sentenza n. 415/1995) che il pubblico ministero svolge l'attività istruttoria, la quale culmina con l'invito a dedurre, al solo fine di verificare se sussistono i presupposti per l'esercizio dell'azione erariale, e non esercita mai funzioni decisorie, neppure quando dispone l'archiviazione del fascicolo istruttorio³⁹.

non comporta la nullità o l'inammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio in quanto l'invito non determina l'esistenza di un contraddittorio fra attore e convenuto»; DAMMICCO, *La citazione*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, SCHLITZER - MIRABELLI (a cura di), cit., p. 610, «Voler sancire un dovere di motivazione che incombe» sulla domanda giudiziale del PM, «significherebbe snaturare l'atto di citazione, che è pur sempre atto di "parte" e non del giudice».

³⁹ Sull'eventuale fase di archiviazione il nuovo Codice ha inciso, come richiesto dalla legge delega (l. n. 124/2015, art. 20, in particolare n. 3), disponendone una maggiore "procedimentalizzazione". Cfr. PILATO, *L'archiviazione*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Schlitzer - Mirabelli (a cura di), cit., p. 595, con il nuovo regime dell'archiviazione istruttoria il c.g.c. ha provveduto «da un lato – ad individuare i presupposti e le condizioni per l'esercizio del potere, ed ha – contestualmente e dall'altro lato – procedimentalizzato il decreto adottato con la motivazione necessariamente dedicata alle ragioni poste a fondamento della scelta negativa dell'esercizio dell'azione, ed alla valutazione conclusiva dell'esito delle attività istruttorie espletate». Tale innovativo onere di motivazione è stato previsto per il decreto di archiviazione, in modo da consentirne la "tracciabilità" anche nei passaggi interni alla Procura (il c.g.c. prevede infatti che il decreto di archiviazione debba essere vistato dal Procuratore regionale), nonché per rendere maggiori garanzie nelle ipotesi in cui l'archiviazione possa ledere la posizione di altri corresponsabili. Su tale ultimo aspetto, in cui ha inciso il combinato disposto degli artt. 70 ed 83 c.g.c., cfr. GRIBAUDO, in *Il codice della giustizia contabile*, cit., p. 260-261; PILATO, *L'archiviazione*, cit., p. 599, secondo cui non essendo previsto alcun controllo del giudice sui decreti di archiviazione, in quanto «l'attività anteriore alla citazione, essendo preordinata all'eventuale instaurazione del giudizio, non assume carattere decisorio quando si concluda con il decreto di archiviazione, sul quale non si forma il giudicato», nondimeno il giudice può sindacare tale decisione ai sensi dell'art. 83 c.g.c., qualora leda la posizione di altri corresponsabili chiamati in giudizio, anche se dovendo rispettare il principio secondo cui al PM è affidata la definizione dell'ambito soggettivo del processo, con il conseguente divieto di chiamata in causa da parte del giudice (art. 83 c.g.c.); cfr. CHIARENZA - EVANGELISTA, in *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 638, nota n. 116, riguardo al ruolo del pubblico ministero quale esclusivo promotore dell'azione erariale. Come accennato, nel caso in cui il PM decida di esercitare l'azione, invece, non soggiace ad alcun onere di motivazione qualora voglia discostarsi dall'esame valutativo delle deduzioni dell'invitato (SS. RR. 14/98); se il PM decide, tornando al tema della translatio, di riassumere il giudizio iniziato dinanzi al giudice civile, le garanzie difensive del presunto responsabile si potranno riesperire dinanzi al giudice contabile, così come venendo meno in qualche modo durante la fase pre-processuale, possono essere recuperate in sede processuale, in cui si svolge il contraddittorio vero e proprio. Si tenga conto, ad ogni modo, della critica rivolta alla

Per tale motivo, il contraddittorio tra parte pubblica e convenuto si svolge sempre dinanzi al giudice terzo e imparziale a seguito dell'esercizio dell'azione, e non nella fase preprocessuale (Corte cost. n. 513/2002, investita della questione di l.c. relativa alla mancata previsione della notifica all'invitato dell'istanza di proroga del termine a depositare l'atto di citazione, dichiarata infondata)⁴⁰.

In definitiva, l'invito a dedurre e l'eventuale decreto di archiviazione, a cui il presunto responsabile aspira attraverso l'esercizio delle garanzie difensive per lui predisposte durante la fase preprocessuale, sono atti tipici propri del pubblico ministero e non assumono carattere decisorio, essendo anteriori al giudizio di responsabilità (Corte cost. sentenza n. 261/2006); ne deriva, in base anche alle pronunce della Corte costituzionale, che al presunto responsabile destinatario dell'invito a fornire deduzioni non può essere riconosciuta la qualità di parte nel giudizio fino a quando il procuratore regionale, al quale spetta in via esclusiva la definizione dell'ambito soggettivo del processo, esercita l'azione nei suoi confronti.

Dal momento in cui il pubblico ministero decide di proseguire il giudizio in base alla *translatio*, attraverso formale atto di citazione in riassunzione, il presunto responsabile rimane parte del processo così come lo era durante il giudizio instaurato dinanzi al giudice civile, anche dopo la declaratoria della mancanza di giurisdizione del giudice civile.

Pertanto, in caso di migrazione della domanda, poiché il processo "prosegue" dinanzi al giudice fornito di giurisdizione, la causa giunge direttamente dinanzi al giudice terzo ed imparziale, e non può regredire ad una fase in cui al PM spettano ancora valutazioni ad egli riservate (vd. art. 83 c.g.c.) in merito al promovimento dell'azione.

Proprio con l'atto di riassunzione la Procura esercita l'azione, in maniera da proseguire il giudizio, ritenendo insussistente ogni eventuale causa di archiviazione, rilevanti nel giudizio contabile ai fini del "filtro"

configurazione assunta dall'istruttoria preprocessuale, in cui non si prevede alcuna forma di contraddittorio ai fini dell'eventuale ottenimento del decreto di archiviazione, cfr. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei Conti*, Napoli, 2008, pp. 195 ss..

⁴⁰ Cfr. GRIBAUDO in *Il codice della giustizia contabile*, cit., p. 258-260, «La Consulta ha dichiarato la questione non fondata rilevando che nella fase antecedente al giudizio non è necessaria alcuna notifica, ben potendo il legislatore differire il contraddittorio ad un momento successivo al differimento della proroga, tenuto conto altresì della reclamabilità della decisione di proroga (C. Cost. 4 dicembre 2002, n. 513)». Vd. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 405, nota 96, critico sul mancato coinvolgimento degli interessati nel procedimento di proroga, «tanto da giustificare discutibili prassi giurisprudenziali, purtroppo incautamente avallate dalla Corte Costituzionale» nella richiamata sentenza n. 513/2002, la quale ha negato che l'invito a dedurre conferisca la qualità di parte al presunto responsabile durante la fase preprocessuale.

preprocessuale, eventualmente anche alla luce dell'attività (di allegazione e istruttoria) già svolta dinanzi al giudice carente di giurisdizione, ovvero "a monte" della trasposizione della domanda.

A seguito del dibattimento, si avrà infine la valutazione di merito da parte del giudice, ove possibile evitando una pronuncia di rito, volta a fornire risposta alla domanda di giustizia invocata dall'attore, come auspicato dai principi contenuti nella sentenza n. 77/2007.

Indubbiamente l'invito a dedurre svolge una funzione di garanzia per il presunto responsabile, il quale ha la possibilità di dedurre circostanze a proprio favore in modo da evitare la citazione in giudizio, purché i fatti siano debitamente contestati già al momento di emissione dell'invito⁴¹. Anche se il nuovo codice nulla stabilisce in caso di mancato invito a dedurre prima della citazione, l'art. 67, comma 2, c.g.c. stabilisce l'inammissibilità della citazione emessa senza la previa audizione del presunto responsabile che ne abbia fatto richiesta: la possibilità di essere sentito viene in ogni caso parificata alla facoltà di controdedurre per iscritto, condividendo la natura di presupposto per l'esercizio dell'azione (SS.RR. n. 7/98).

Proprio la funzione (anche) intrinsecamente difensiva dell'invito a dedurre, aveva portato le Sezioni Riunite (sentenza n. 28/2015) a rivedere l'impostazione configurante l'inammissibilità della citazione in mancanza dello svolgimento del contraddittorio preprocessuale, sancendo la nullità – totale o parziale – dell'atto di citazione, a fronte del mancato riconoscimento al presunto responsabile della possibilità di accedere al fascicolo istruttorio (questo tipo di nullità è ora prevista dal nuovo codice, art. 71, co. 1, che ha recepito tale orientamento giurisprudenziale, vd. *infra*). La nullità della citazione, in mancanza di previsione normativa, nel contesto della necessaria tipicità delle cause di nullità (art. 156 c.p.c.), è stata fatta discendere ai sensi dell'art. 156, comma 2, c.p.c. dal mancato raggiungimento da parte dell'atto processuale del suo scopo, il quale deve essere rinvenuto nella necessità di approntare le garanzie difensive che l'invito a dedurre è volto ad offrire.

⁴¹ Cfr. SS.RR., n. 14/98 «L'atto di citazione ben può, quindi, non essere la fotocopia dell'invito a dedurre ed il limite alla diversità di contenuto tra i due atti è dato anche dal rispetto dell'altra funzione del secondo, cioè quella di garanzia difensiva accordata all'invitato. In buona sostanza poiché l'invito a dedurre è emesso in relazione ad una ipotizzata fattispecie di danno, ma non contiene una *litis contestatio*, il limite della variabilità dell'atto di citazione è costituito unicamente dal quadro generale di tale ipotesi dannosa che deve essere rispettato nella sua essenza tipica di modo che la citazione stessa sia pur sempre ricollegabile alla fattispecie contestata. Solo allorquando il contenuto della citazione decampi totalmente anche dal nucleo essenziale della *causa petendi e petitum* tipizzanti la fattispecie dannosa ipotizzata nell'invito di modo che non possa più ad essa ricondursi ed in essa riconoscersi, può affermarsi la violazione dell'obbligo dell'invito».

Si noti tuttavia che a causa della *translatio* della domanda dal giudizio civile al giudizio contabile, ciò non comporta, a seguito del mancato assolvimento dell'invito a dedurre, una riduzione delle garanzie di difesa, in quanto l'atto di citazione, proposto da parte dell'amministrazione dinanzi al giudice civile, configura una vera e propria *litis contestatio*, che radica la possibilità di difendersi dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale.

Il pubblico ministero, facendo propria la domanda esperita in sede civile dall'amministrazione danneggiata, e riproponendola davanti al giudice contabile, non potrà modificarla ma potrà solo "rettificare" la portata della domanda originaria, con riguardo al medesimo *petitum* e alla medesima *causa petendi*, nei limiti dell'*emendatio libelli*, non essendogli consentito modificare la domanda o, tanto meno, formulare domande nuove, ai fini della corretta riassunzione della causa (cfr. la sentenza in commento)⁴².

La necessità di adattare il *petitum* alle particolarità del giudizio contabile (si pensi alla necessità di specificare "le qualità" del responsabile del danno, ovvero il rapporto di servizio del danneggiante, secondo l'art. 86, comma 2, lett. e) c.g.c.) non impone al pubblico ministero, ad esempio, di specificare la quota attribuibile al presunto responsabile in presenza di una fattispecie dannosa plurisoggettiva (considerando che nella responsabilità erariale, a differenza di quella civile, vige il cd. principio di parzialità), dal momento che la ripartizione del danno tra i compartecipi è affidata alla competenza del giudice⁴³; mentre è senza dubbio necessario indicare la medesima quantificazione del danno, a mente dell'attuale art. 86, comma 2 e comma 6, non essendo consentito modificare l'entità del *petitum* rispetto alla domanda proposta dall'amministrazione in sede civile.

7. Garanzie difensive e trasposizione del giudizio

Si potrebbe ritenere che il convenuto perda, dinanzi al giudice contabile presso il quale viene riassunta la causa, quelle garanzie a lui offerte nell'ordinaria fase preprocessuale che precede il giudizio di responsabilità erariale, e segnatamente quelle che gli permetterebbe-

ro di evitare la citazione in giudizio grazie al decreto di archiviazione.

Per fornire alcuni esempi riguardo le cause di archiviazione, immediata (art. 54 c.g.c.) ed istruttoria (art. 69 c.g.c.), esse non possono essere rilevate nel giudizio civile promosso dall'amministrazione: non tanto a causa del mancato invito a dedurre, quanto a motivo del fatto che esse non vengono conosciute dal giudice civile in maniera corrispondente a come ne conosce il giudice contabile, il quale ha a disposizione un regime significativamente diverso e finanche più favorevole per il presunto responsabile⁴⁴.

Si pensi all'innovativa ipotesi contemplata nell'art. 69 c.g.c., comma 2, che esclude la colpa grave (imponendo alla procura l'archiviazione) qualora l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti nell'esercizio della funzione consultiva⁴⁵, la quale ben potrebbe essere considerata dal giudice civile, ma di certo non con la stessa sensibilità propria del plesso contabile, in cui convivono la funzione consultiva e quella giurisdizionale, oltre a quella di controllo.

Alcune cause tipiche di archiviazione, eventualmente non ritenute fondate dalla Procura (al momento della trasposizione del giudizio) in maniera simile a quanto avviene nella fase preprocessuale di filtro, dovranno essere esaminate nel merito da parte del giudice erariale investito dell'atto di citazione in riassunzione, non potendo la traslazione del processo comportare la "regressione" alla fase preprocessuale. Così le cause di cd. "archiviazione istruttoria" contemplate all'art. 69 c.g.c. (vd. *infra*), nell'ipotesi in cui il giudizio venga riassunto, non comportano la chiusura del fascicolo da

⁴⁴ TENORE, in *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 45, nota n. 19; critico con la diversità dei regimi a seconda del giudice adito, SCOCA, *Profili generali. Processo di responsabilità e amministrazione danneggiata*, cit., pp. 514-515 secondo il quale le soluzioni possono essere soltanto due: «dichiarare (in modo chiaro) esclusiva la giurisdizione della Corte dei conti in tema di controversie di responsabilità amministrativa», ovvero «considerarla secondo tradizione concorrente con quella del giudice ordinario». Sulla *vexata quaestio* riguardo l'esclusività della giurisdizione della Corte dei conti, cfr. MANZIONE, *I principi del giudizio in materia di responsabilità amministrativa*, in *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti*, a cura di CANALE - FRENI - SMIRALDO, Milano, 2017, pp. 76 e ss., in particolare p. 82, con riferimenti al dibattito intervenuto in seno alla Commissione, presieduta dall'autrice, per il Codice di giustizia contabile, il quale «ha opportunamente ricondotto il tema alla concretezza della casistica, che vede talvolta nella possibile coesistenza delle due azioni, ovvero quella di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile e quella ordinaria civilistica lo sbocco del teorico problema della giurisdizione».

⁴⁵ GRIBAUDO, in *Il codice della giustizia contabile*, cit., p. 261, con riferimenti alla normativa in vigore sia nel nuovo c.g.c., che ha attuato la legge delega, la quale aveva tra gli obiettivi anche il coordinamento tra la funzione giurisdizionale e di controllo della Corte dei conti, sia riguardo le recenti modifiche alla legge n. 131/2003 (da ultimo, d.l. n. 113/2016, conv. con l. n. 160/2016), attinente l'attività consultiva.

⁴² Cass. civ., sez. un., sent. n. 27163/2018 cit.. Cfr. CONSOLO, *"Translatio", regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, cit., p. 355; MAZZAMUTO, *La translatio iudicii si "schiede"?*, cit., p. 661 ss., nei rapporti tra giudice amministrativo e giudice ordinario, in cui «non vi è identità di "ambiente" processuale», «sarà possibile un *emendatio* della domanda originaria, per conformarla "nella sua idoneità, alla regola del giudice e del rito innanzi al quale il processo viene a continuare". Mazzamuto rileva comunque che «la *emendatio* debba avere pur sempre dei limiti, e dei limiti significativi. Diversamente più che una deroga al processo "chiuso" avremmo un nuovo processo, finendo per smarrire in toto il senso stesso dell'istituto della translatio».

⁴³ CHIARENZA - EVANGELISTA, in *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 652.

parte del pubblico ministero attraverso l'archiviazione, che come visto non ha valore decisorio e non definisce un procedimento in cui si svolge il contraddittorio tra le parti, in quanto dal momento che la procura pone in essere la riassunzione, investendo il giudice dell'esame della domanda nel merito, in tale atto risulta implicita la valutazione che quelle cause di archiviazione non sussistono.

La sentenza in commento si esprime infatti in questi termini «la *translatio iudicii* potrebbe costituire per il Pubblico Ministero contabile una scelta di strategia processuale, tra due possibili opzioni»:

- con la “prima opzione” il PM «accollandosi anche il “rischio” di una domanda carente, accetta e fa sua la domanda, rispetto alla quale nell'atto di riassunzione può essere ammesso solo rettificare», nei limiti dell'emendatio libelli (vd. supra), non essendogli consentito prospettare fatti nuovi o formulare domande nuove, dal momento che «solo in questo caso, si ha *translatio iudicii*, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali connessi alla domanda originaria e al giudizio *translato*»;
- mentre secondo la diversa “opzione”, che non implica la *translatio*, la Procura «sulla base dei fatti dedotti nel giudizio civile (assunti alla stregua di notizia danni), sempre che nel frattempo non sia maturata la prescrizione dell'azione risarcitoria erariale, può decidere di svolgere attività accertativa, con tutte le previste garanzie preprozessuali», avendo poi la possibilità, previa formulazione di invito a dedurre, di avviare o meno l'azione risarcitoria erariale, la quale «darebbe vita a un processo nuovo e diverso rispetto a quello in precedenza avviato davanti al giudice civile».

In base alla “seconda opzione”, seguendo la sentenza in parola, «non si avrebbe alcuna *translatio iudicii* (ma eventualmente solo l'acquisizione al processo di elementi liberamente valutabili dal giudice contabile)» dal momento che gli effetti processuali e sostanziali, per i quali potrebbe esserci la conservazione qualora la Procura regionale si avvalga della disciplina della *translatio*, sono «legati indissolubilmente alla mera trasposizione dell'originaria domanda dalla giurisdizione civile a quella contabile».

Tornando quindi alle cause di archiviazione della *notitia damni*, le quali in base ad una decisione propria della Procura contabile (vd. supra) comportano la mancata proposizione della domanda giudiziale, e quindi *mutatis mutandi* anche il venir meno della riassunzione attraverso la *translatio*, nel caso in cui il pubblico ministero “fa sua” la domanda proposta dall'amministrazione in sede civile, bisogna operare alcuni distinguo.

L'art. 51 del nuovo codice, recependo (seppur in maniera non identica) la norma contenuta nell'art. 17, comma 30-ter del d.l. n. 78 del 2009 e successive modifiche (ora abrogata dal c.g.c., all. 3, art. 4,

co. 1 lett. h)), prevede che il pubblico ministero attiva l'istruttoria, finalizzata a determinare o meno l'esercizio dell'azione erariale, (solo se) sulla base di specifica e concreta notizia di danno (comma 1), e qualunque atto istruttorio e processuale posto in essere in violazione di tale presupposto «è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti».

Tale norma si giustifica in base al fatto che la procura contabile non è investita di un generale potere di polizia finanziaria, non potendo esercitare il suo ampio potere di indagine in base a mere ipotesi o astratte supposizioni, in maniera da dirigersi in modo del tutto generico, poiché altrimenti la sua funzione si trasformerebbe in un'impropria attività di controllo generalizzata e permanente⁴⁶, come chiarito più volte dalla Corte costituzionale (sentenze, n. 104/1989, n. 100/1995, n. 209/2004, n. 337/2005 ed altre ancora) e specificato dalla giurisprudenza contabile nel ricostruirne i presupposti di applicazione (SS.RR. n. 12/2011).

Nel caso in cui la Procura regionale intenda trasporre il giudizio incardinato dall'amministrazione dinanzi al giudice civile, a seguito della declinatoria di giurisdizione da parte di quest'ultimo, la nullità della citazione per difetto di notizia specifica e concreta di danno non può presentarsi, dal momento che, essendo stata proposta una domanda di risarcimento da parte della stessa amministrazione dinanzi al giudice civile, essa è già in sé una notizia, senz'altro specifica (cioè ragionevolmente circostanziata, come deve essere l'atto di citazione in sede civile, pena il vizio di genericità) e concreta (non attinente a mere supposizioni), secondo i criteri definiti dalla stessa giurisprudenza contabile (SS. RR. n. 12/2011).

Come osservato dalla III Sezione d'appello, il pubblico ministero, in base alla “seconda opzione”, può decidere di svolgere ulteriore attività istruttoria, con la conseguente necessità di porre in essere l'ordinaria fase preprozessuale e l'invito a dedurre, senza avvalersi del meccanismo della *translatio iudicii*, «sulla base dei fatti dedotti nel giudizio civile (assunti alla stregua di notizia danni)», qualora in ogni caso non sia maturata la prescrizione dell'azione erariale.

Riguardo gli atti istruttori della procura contabile,

⁴⁶ SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 366; PILATO, *L'archiviazione*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, SCHLITZER, MIRABELLI (a cura di), cit., p. 592 ss.; CHIARENZA - EVANGELISTA, in *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 656, anche riguardo all' “anomalia” della previsione di un termine perentorio per la decisione della questione di tale nullità in capo al giudice, il quale non potrebbe comportare «la decadenza del potere-dovere del giudice di adottare la decisione»; tale previsione non è stata riprodotta nel nuovo codice. Cfr. anche SCHLITZER, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 520 e ss., sul ruolo e l'interesse anche sostanziale del PM contabile, come configurato nel nostro sistema.

poiché l'azione risarcitoria non è esercitata sulla base di un illegittimo "controllo generalizzato" da parte del pubblico ministero, ovvero in assenza di *notitia damni*, ma in considerazione dell'iniziativa della stessa amministrazione danneggiata di agire in giudizio, bisognerebbe specificare se tale circostanza possa legittimare il PM a svolgere parallelamente atti istruttori, i quali diverrebbero utilizzabili nel successivo giudizio contabile a seguito della trasposizione.

Proprio la scelta di fare propria la domanda dell'amministrazione in base alla prima "opzione", ovvero con la riassunzione del giudizio, comporta per il procuratore l'impossibilità di espandere la *res deducta in iudicium*, al fine di conservare gli effetti della domanda iniziale, mentre la necessità di ampliare il *thema probandum* dovrà essere sopperita durante il giudizio dinanzi al giudice contabile, dal momento che, come ribadito, il processo non può regredire alla fase preprocessuale, ma "prosegue" dinanzi al giudice *ad quem* nel contraddittorio tra le parti. Qualora invece la Procura territoriale ritenga di dover svolgere ulteriore attività istruttoria, in base alla seconda opzione, come appena visto, potrà assumere la domanda dell'amministrazione in sede civile alla stregua di una *notitia damni*, e, senza avvalersi della disciplina della *translatio*, dovrà svolgere la consueta fase preprocessuale ai fini della proposizione della domanda.

Sempre riguardo alle cause normativamente previste di archiviazione cd. immediata, le quali impongono alla Procura un sindacato valutativo fondato su principi e criteri di *self-restraint*, ai sensi del medesimo art. 54 c.g.c. il pubblico ministero può ritenere di archiviare la notizia di danno anche per la sua "manifesta infondatezza", in quanto pur essendo dotata delle caratteristiche di concretezza e specificità appena viste, non è idonea a sostenere una ipotesi di responsabilità amministrativa⁴⁷.

A differenza dell'ipotesi del difetto dei requisiti di specificità e concretezza della notizia, il quale, come visto, non potrebbe portare all'archiviazione dal momento che l'atto di citazione dell'amministrazione in sede civile è pur sempre sufficientemente circostanziato e non generico, le ipotesi di manifesta infondatezza potrebbero comportare l'archiviazione della vertenza da parte della procura, a scapito della riassunzione del processo.

Si pensi al caso in cui risulta palese l'insussistenza del rapporto di servizio, che ai sensi dell'articolo 86,

comma 2, lett. e), c.g.c. deve essere specificato all'interno della citazione del pubblico ministero (aggiungendo un elemento distintivo alle ragioni della domanda erariale, *id est* la corrispondente *causa petendi* nel processo civile, cfr. art. 163, comma 3, n. 4) c.p.c.). Oppure nel caso di evidente sussistenza di scriminanti, quale ad esempio l'assenza di colpa grave per essersi l'attività amministrativa conformata al parere consultivo della Corte dei conti, emesso nel rispetto dei presupposti previsti (vd. *supra*).

Il primo dei due esempi rappresenta più un caso di scuola, dal momento che è proprio la sussistenza del rapporto di servizio che comporta la declinatoria di giurisdizione nel processo civile, mentre qualora il giudice contabile (e non il PM, come si vedrà a breve) ritenga invece l'insussistenza del rapporto di servizio a seguito della *translatio*, ciò comporterebbe ai sensi dell'art. 17, comma 3 c.g.c., la possibilità di sollevare in sede erariale il regolamento di giurisdizione d'ufficio durante la prima udienza, ovvero, all'esito del giudizio, dichiarare l'infondatezza della domanda.

Il pubblico ministero può comunque optare per l'archiviazione, lasciando "morire" il giudizio instaurato dinanzi al giudice civile, in base ad una o più delle cause sintomatiche di manifesta infondatezza; altrimenti può riassumere il giudizio facendo propria la domanda, magari specificando alcuni elementi (in particolare quelli attinenti al rapporto di servizio e alla colpa grave del presunto responsabile), come è a lui consentito, nei limiti della *emendatio libelli* (vd. *supra*, riguardo al perimetro della modificabilità della domanda in caso di riassunzione). Oppure ancora, come accade nella "seconda ipotesi" illustrata dalla III Sezione d'appello, può decidere di approfondire alcuni aspetti, ad esempio nel diverso caso in cui riscontri l'ipotesi (pur contemplata dall'art. 69 c.g.c.) di assenza di «elementi sufficienti a sostenere in giudizio la contestazione», ponendo in essere la consueta attività istruttoria, con le ordinarie garanzie preprocessuali e con l'emissione dell'invito a dedurre, comportando il venir meno dei presupposti della *translatio*.

Si noti dunque che qualora la Procura regionale sceglie di riassumere il giudizio (prima opzione), la valutazione sulla fondatezza è svolta, anche implicitamente, nello stesso atto di citazione in riassunzione, in base ad un giudizio "prognostico-preventivo", similmente a quanto accade nelle restanti ipotesi di archiviazione (art. 69 c.g.c.).

Le controdeduzioni del presunto responsabile, a seguito dell'invito a dedurre, possono far sorgere ulteriori cause di archiviazione, che proprio per queste ragioni è chiamata dall'art. 69 archiviazione "istruttoria". Nel caso di riassunzione, venendo a mancare la fase istruttoria-preprocessuale, ove dimorano l'invito a dedurre e le conseguenti controdeduzioni dell'invitato, tali ipotesi di archiviazione non possono sussistere; semmai il PM, valutando la posizione del presunto re-

⁴⁷ PILATO, *L'archiviazione*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, SCHLITZER, MIRABELLI (a cura di), cit., p. 594-595, la manifesta infondatezza rappresenta una «clausola normativa aperta» in cui sono presenti casi eterogenei come: «contraddittorietà ed inverosimiglianza storica dell'esposto»; «evidente sussistenza di cause scriminanti»; «palese insussistenza del rapporto di servizio con la p.a.»; «difetto dei requisiti costitutivi ed essenziali per la qualificazione illecita del fatto di gestione». Cfr. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 392.

sponsabile anche in relazione ai fatti allegati durante il giudizio civile, non potrà in essere la riassunzione della causa, pervenendo all'archiviazione del fascicolo in maniera pressoché identica.

Le valutazioni del pubblico ministero, che si svolgono nell'ottica di un giudizio prognostico anche di tipo probabilistico riguardo l'accoglimento o il rigetto della domanda, come visto anche alla luce della comparsa di costituzione e risposta del convenuto depositata nel giudizio civile (presunto responsabile nel successivo giudizio erariale) o di altre attività istruttorie ivi svolte, non possono che essere condotte anche nel caso in cui il pubblico ministero opti per la citazione in riassunzione dinanzi al giudice contabile, al pari delle valutazioni che si svolgono prima della citazione in giudizio per danno erariale.

Da ultimo, rimanendo nell'alveo delle garanzie predisposte nella fase preprocessuale, che qui si vorrebbero mantenere anche a seguito della *translatio*, come visto in precedenza, accennando alla giurisprudenza della Corte dei conti (sent. nn. 7/98 e 14/98), l'invito a dedurre assolve alla duplice funzione di consentire all'invitato di svolgere le proprie argomentazioni difensive (al fine di evitare la citazione in giudizio) e di garantire contestualmente la massima completezza istruttoria⁴⁸.

Per garantire l'effettiva utilità di tale momento difensivo *ante causam*, la giurisprudenza (SS.RR. n. 28/2015, cit.) ha chiarito che per il presunto responsabile deve sussistere la facoltà di conoscere gli atti istruttori, la quale conferma «la scelta del legislatore di garantire al destinatario dell'invito una forma di preliminare contrapposizione dialogica tra le tesi svolte nell'invito e quelle dedotte dall'invitato, che pur non trasformandosi in un momento di contraddittorio anticipato, assicuri comunque uno *ius ad loquendum ex informata conscientia*»⁴⁹.

⁴⁸ GRIBAUDO, in *Il codice della giustizia contabile*, cit., p. 254; Sciascia, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 399 ss.; CHIARENZA - EVANGELISTA, in *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 620; CLARICH, LUISO, TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, cit., p. 1280, in cui oltre a riconoscere il «ruolo istituzionale» dell'invito a dedurre come strumento di garanzia, si indica che l'esigenza di completezza istruttoria può comportare un utilizzo diverso da parte della procura, in quanto consentirebbe di «calibrare meglio la domanda e di proporre una citazione che consenta di superare all'origine le potenziali obiezioni della parte privata»; da ciò la proposta (non accolta nella stesura finale del Codice) di sancire l'esclusione di atti istruttori dopo l'invito a dedurre, la quale può influire sulla «alternativa fra un intervento del privato in funzione solo partecipativa o collaborativa e l'intervento ispirato invece al principio del contraddittorio».

⁴⁹ Cfr. PORTALURI, *Il diritto d'accesso dell'invitato e le sue deduzioni*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 582, come accennato riguardo alla sentenza SS.RR. n. 28/2015, essendo il diritto di accesso al fascicolo istruttorio correlato con il diritto di difesa, la parte può far valere la nullità della citazione ex art. 156, comma 2, c.p.c. qualora «dimostri la

Su indicazione della legge delega (l. n. 124/2015, art. 20, comma 2, lett. g)), la quale richiedeva che nel riordino della fase istruttoria si dovesse garantire «pieno accesso agli atti e ai documenti messi a base della contestazione», il nuovo Codice stabilisce all'art. 71 che tale accesso è sancito in via automatica⁵⁰, fatta salva tuttavia la tutela della riservatezza dei dipendenti pubblici che hanno presentato la denuncia di danno erariale (art. 52, comma 1, c.g.c.). Si noti che le esigenze di riservatezza del denunciante, nel caso in cui il giudizio civile venga riassunto davanti al giudice contabile, non assumono alcuna rilevanza, dal momento che nel giudizio civile avviene la *discovery* da parte dell'amministrazione, la quale pone in essere la domanda giudiziale, non una mera denuncia di danno.

A maggior garanzia per il convenuto dal punto di vista probatorio, il Codice ha introdotto l'innovativo procedimento attraverso il quale l'incolpato può ottenere l'accesso «ai documenti ritenuti rilevanti per difendersi detenuti dalle pubbliche amministrazioni», oltretutto «dai terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a carico dei bilanci pubblici» (art. 71, comma 3, c.g.c.), la cui disciplina prevede che tutti i termini dei procedimenti di diritto d'accesso e di diritto d'accesso civico, compresi quelli per l'opposizione dei controinteressati, sono ridotti della metà (art. 71, comma 4).

Mentre nel caso di diniego all'accesso, opposto dall'amministrazione, è sancita la possibilità per il presunto responsabile di chiedere al pubblico ministero di procedere attraverso i poteri istruttori tipici della funzione inquirente (artt. 58 - 62 c.g.c.)⁵¹. Qualora, infine, il PM non intende accogliere la richiesta, è previsto che il presidente della sezione giurisdizionale decida entro cinque giorni, a partire dalla comunicazione che il procuratore è tenuto ad inoltrare alla sezione qualora non accolga l'istanza di accesso.

Il nuovo Codice ha dunque senz'altro rinforzato le

sussistenza di un effettivo e concreto pregiudizio del diritto di difesa nel processo, ossia che l'invalidità conseguente all'immotivato o ingiustificato diniego di ostensione degli atti richiamati nell'invito a dedurre ha assunto un'efficacia (espansiva esterna) invalidante sull'atto di citazione, impedendogli di raggiungere lo scopo di costituire un contraddittorio in condizioni di effettiva parità delle parti». Cfr. anche GRIBAUDO, in *Il codice della giustizia contabile*, cit., p. 255; Chiarenza - Evangelista, in *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 621.

⁵⁰ Salvo onere di presentare domanda scritta. Gribaudo, in *Il codice della giustizia contabile*, cit., p. 255.

⁵¹ Essendo il PM tenuto ad acquisire elementi ed atti anche a favore della persona individuata quale presunto responsabile, ai sensi dell'art. 55, comma 1, del Codice. Cfr. CHIARENZA - EVANGELISTA, in *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 623. Si consideri del resto che il giudice civile ha a disposizione lo strumento dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., il quale risulta tuttavia di gran lunga meno effettivo a confronto con i poteri istruttori del PM contabile (artt. da 58 a 62, c.g.c., cit.), il quale ai sensi dell'art. 56 c.g.c. può avvalersi della Guardia di Finanza e di altre Forze di polizia, anche locali, attraverso le deleghe istruttorie.

garanzie difensive del presunto responsabile destinatario dell'invito a dedurre, fornendo certezza rispetto alla disciplina dell'accesso, anche se ha lasciato aperte alcune questioni, tra le quali, per quel che qui interessa, la possibilità di accedere al fascicolo istruttorio del procuratore nella fase successiva all'esercizio dell'azione⁵².

A seguito della trasposizione della domanda dal giudizio civile al giudizio contabile, con la conseguente perdita della fase preprocessuale ai fini della prosecuzione del processo, il diritto d'accesso, specie nei confronti di pubbliche amministrazioni che detengono documenti rilevanti per la difesa del presunto responsabile, andrebbe recuperato nella fase del giudizio dinanzi al giudice, il quale, come accennato, detiene un margine di controllo durante la fase preprocessuale qualora il pubblico ministero non intenda accogliere le richieste d'accesso dell'invitato.

Come precisato dalla sentenza 28/2015 delle Sezioni Riunite, riguardo l'istanza di accesso, «la verifica di validità del provvedimento del P.M. potrà essere fatta valere, al pari di ogni vizio della fase preprocessuale, nella fase pienamente processuale iniziata con l'atto di citazione, con pienezza di difesa e contraddittorio, senza che la posizione del presunto responsabile del danno risulti in qualche modo compromessa»; tale orientamento è in linea con l'arresto della Corte costituzionale nella sentenza n. 513/2002, più volte citata, richiamata dalle SS.RR. nella sentenza n. 28/2015.

Le garanzie preposte per il presunto responsabile durante la fase preprocessuale possono, e in ogni caso

debbono, essere recuperate «nella fase pienamente processuale». Anche nel caso in cui vi sia la trasmigrazione della causa, attraverso la sua riassunzione, dalla quale deriva l'instaurazione del giudizio «con pienezza di difesa e contraddittorio», si deve garantire la continuità del processo iniziato erroneamente dinanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione, «senza che la posizione del presunto responsabile del danno risulti in qualche modo compromessa», riprendendo volutamente le indicazioni delle Sezioni Riunite (sentenza n. 28/2015).

⁵² PORTALURI, *Il diritto d'accesso dell'invitato e le sue deduzioni*, cit., p. 586. Sperando, *Codice di giustizia contabile e diritto di accesso agli atti trattati dal PM contabile per valutare la sussistenza di responsabilità amministrativa; brevi correlazioni con altri argomenti disciplinati dal codice*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2016, in particolare p. 5, secondo cui qualora il presunto responsabile decida secondo la propria strategia difensiva di non esercitare il diritto d'accesso al fascicolo istruttorio, «la possibilità di accedere agli atti non considerati e valutati ai fini dell'invito, è da escludere quando nel detto documento è chiaramente segnalata la presenza del diritto di ostensione e l'invitato ha deciso consapevolmente di non esercitarlo», poiché «la richiesta di accesso ad atti non posti a supporto dell'invito non può trovare accoglimento perché può frustrare la strategia seguita dal PM, rivelandosi manifestazione di abuso del modello imposto dall'Ordinamento affinché la giustizia contabile si concretizzi in un esito corrispondente alla verità storica dei fatti rapportata al quadro normativo». Vd. CLARICH, LUISO, TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, cit., p. 1281, critici sulla possibilità di censurare la strategia difensiva dell'incolpato, il quale «per evitare una citazione più aggressiva» ritenga preferibile che «l'illustrazione delle difese» sia opportunamente «rimessa alla fase giudiziale»; SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 410, per il quale «Trattasi di comportamento omissivo pienamente consentito, potendo il convenuto ritenere più conveniente non anticipare le sue difese, controbattendo direttamente alla citazione», dal momento che «spesso si può finire per avvantaggiare il requirente, che è posto così in condizione di conoscere preventivamente la posizione dell'intimato».

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA 322
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce



a cura di

Michele Corleto

Ricercatore di Diritto Internazionale

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea

DIRITTO INTERNAZIONALE

Articolo 2 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – diritto alla vita – persona ricoverata in reparto psichiatrico – suicidio – responsabilità dello Stato – obbligazioni procedurali – Art. 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – proibizione della tortura – art. 5 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – diritto alla libertà e alla sicurezza – art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – diritto al rispetto della vita privata e familiare.

La Corte ha statuito la violazione dell'articolo 2 sotto il profilo procedurale in quanto i giudici di Strasburgo ritengono che il regime posto in essere dall'ospedale portoghese, aveva l'obiettivo di preservare il diritto del paziente di circolare liberamente. Il personale del servizio, ad ogni modo, assicurava una sorveglianza generale e personale dei pazienti sottoposti volontariamente al trattamento: la procedura di sorveglianza applicata al soggetto in questione voleva, difatti, rispettare la vita privata, in conformità al principio secondo cui i pazienti devono ricevere un trattamento meno restrittivo possibile. Al contrario, un regime di sorveglianza più intrusivo sarebbe stato incompatibile con gli articoli della Convenzione.

Corte europea dei diritti dell'uomo, (Grande Camera) 31 gennaio 2019 ricorso n. 78103/14,
Fernandes De Olivera contro Portogallo¹.

La questione decisa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo riguarda il suicidio di un soggetto affetto da patologie psichiatriche comprovate, quali schizofrenia e depressione critica, aggravati da una dipendenza patologica dall'alcol e dai farmaci.

L'uomo in questione, la cui madre ha presentato il ricorso alla Corte di Strasburgo, era stato più volte collocato in un ospedale psichiatrico pubblico; l'ultima volta si era ricoverato volontariamente, in seguito ad un tentativo di suicidio. L'ospedale era già a conoscenza dei molteplici pregressi tentativi di suicidio, tuttavia, il 27 aprile 2000, il paziente era riuscito a fuggire dall'ospedale per porre fine alla propria vita. La madre aveva agito in giudizio, senza successo, contro la struttura sanitaria (Hospital Psiquiátrico Sobral Cid-HSC), al fine di ottenere un risarcimento per la morte del figlio.

La questione è giunta alla Grande Camera su richiesta del Governo, poiché la IV Sezione della Corte Edu aveva stabilito la violazione dell'art. 2, sotto il profilo materiale: il personale dell'ospedale, alle prese con un paziente affetto da patologie mentali che aveva già tentato il suicidio ed incline a fuggire, avrebbe dovuto prendere delle precauzioni, per evitare che il paziente lasciasse la struttura, ed assoggettarlo ad una sorveglianza più attenta.

La Grande Camera, al contrario, non ha riscontrato alcuna violazione dell'art. 2 per quanto attiene al profilo materiale, ma ha statuito la violazione dell'articolo appena citato esclusivamente in merito al profilo procedurale.

Per quanto concerne il primo profilo i giudici di Strasburgo ritengono che il regime aperto, posto in essere dall'ospedale, aveva l'obiettivo di preservare il diritto del paziente di circolare liberamente. Il personale del ser-

¹ I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili, in lingua francese ed inglese, sul portale: www.hudoc.echr.coe.int

vizio, ad ogni modo, assicurava una sorveglianza generale e personale dei pazienti sottoposti volontariamente al trattamento: la procedura di sorveglianza applicata al soggetto in questione voleva, difatti, rispettare la vita privata, in conformità al principio secondo cui i pazienti devono ricevere un trattamento meno restrittivo possibile. Al contrario, un regime di sorveglianza più intrusivo sarebbe stato incompatibile con i diritti sanciti dagli artt. 3 (proibizione della tortura), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione, avendo il soggetto prestatato il proprio consenso all'ospedalizzazione. Inoltre, il giorno della fuga, la procedura d'urgenza posta in essere dalla struttura fu ritenuta adeguata.

Altra questione sollevata dalla sentenza riguarda l'obbligazione generale delle autorità di adottare misure volte a proteggere i soggetti da rischi reali ed immediati di suicidio. Il soggetto, durante i 25 giorni precedenti, non aveva manifestato alcun atteggiamento preoccupante. Al contrario, l'ospedale gli aveva concesso un'ampia libertà di movimento al fine di rinforzare il suo senso di responsabilità e permettergli la reintegrazione nella società e nella propria famiglia. I giudici della Corte riconoscono l'impossibilità di prevenire totalmente un atto suicidario in un paziente come quello in questione, le cui decisioni non sono facilmente intuibili. Inoltre, l'obbligazione di prevenzione in capo alle autorità non deve costituire un «fardello insopportabile o eccessivo», afferma la Corte, qualora il rischio non sia prevedibile.

La violazione dell'art. 2 della Convenzione riguarda, perciò, esclusivamente il profilo procedurale, avendo avuto, la procedura interna, una durata di undici anni, due mesi e quindici giorni per concludere due gradi di giurisdizione. La Corte ha ritenuto la procedura eccessivamente lunga, tale da non costituire una durata ragionevole, e da non soddisfare l'esigenza che lo Stato ponga in essere un rapido ed effettivo controllo giudiziario delle violazioni eventuali dell'articolo 2.

Violazione art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – diritto al rispetto della vita privata e familiare – collocamento temporaneo di minori in struttura d'accoglienza – necessità in una società democratica – interesse superiore del minore.

La Corte non ha rilevato alcuna violazione dell'art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo della diritto in relazione al rispetto della vita privata e familiare per la collocazione temporanea in una casa-famiglia in seguito al rifiuto dei genitori di scolarizzare i figli.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione V), 10 gennaio 2019 ricorso n. 18925/15 Wunderlich c. Germania

I ricorrenti, nella causa *Wunderlich c. Germania*, genitori di quattro figli, hanno adito alla Corte Edu perché contrari al sistema educativo tedesco e alla frequenza scolastica obbligatoria. Rifiutando, «deliberatamente e con insistenza», di delegare l'istruzione dei propri figli al sistema educativo statale, i coniugi persistevano nella scelta di offrire ai loro figli un'istruzione scolastica a casa. L'autorità competente in campo educativo concluse che i figli stavano vivendo in un «mondo parallelo», senza alcun contatto con i loro coetanei, senza alcuna possibilità di partecipazione alla vita pubblica e comunitaria. Pertanto, si affermò che, la costante privazione di opportunità a partecipare ad una «vita normale», danneggiava il superiore interesse dei minori (*children's best interests*).

I ricorrenti, nonostante le sanzioni pecuniarie, non cambiarono la loro posizione, finché il tribunale (*Family Court*) il 6 settembre 2013 decise di limitare la responsabilità genitoriale, limitando il diritto a scegliere la residenza dei propri figli ed il diritto a prendere decisioni su questioni scolastiche, trasferendo dunque questi diritti all'assistenza sociale. Inoltre, il 29 agosto 2013, i minori furono collocati in una casa-famiglia, finché i genitori non permisero loro di frequentare la scuola dell'obbligo.

Nel caso descritto, i ricorrenti hanno lamentato la violazione dell'art. 8 della Convenzione da parte delle autorità tedesche, le quali hanno interferito nel loro diritto al rispetto della vita privata, non solo limitando parzialmente la responsabilità genitoriale, ma soprattutto collocando i loro figli in una casa-famiglia per tre settimane. Questa decisione delle autorità, ritenuta ingiustificata, non tendeva alla protezione della salute, dei diritti e delle libertà dei minori, reputando così le interferenze non necessarie in una società democratica.

Non è la prima volta che la Corte Edu si pronuncia in tema di istruzione obbligatoria in Germania e afferma che la condotta dello Stato si dimostra in linea con la giurisprudenza della Corte stessa, oltre al fatto che le decisioni adottate rientrano nel margine di apprezzamento dell'ordinamento. L'obiettivo dell'obbligatorietà dell'istruzione, spiega la Corte, è quello di prevenire l'isolamento sociale dei figli ed assicurare la loro integrazione nella società, considerandole dunque giustificazioni rilevanti e bilanciate ad una limitazione parziale della responsabilità genitoriale. La V Sezione della Corte considera ragionevole il parere delle autorità, vale a dire che l'assenza da scuola e la convivenza con un ambiente familiare «simbiotico» avrebbero certamente danneggiato i minori. Le informazioni fornite alle autorità al momento della decisione, infatti, dimostravano l'isolamento e la mancanza di contatti al di fuori dell'ambiente familiare, nonché un rischio per l'integrità fisica dei figli.

La Corte, inoltre, ritiene che il processo decisionale sia stato svolto con le adeguate garanzie, assicurate a tutti i soggetti coinvolti. La dura decisione del tribunale interno è stata presa perché l'unica consona di fronte alla

continua ostinazione dei genitori nel rifiutare l'istruzione obbligatoria statale: la Corte la considera dunque una «decisione ragionevole e proporzionata».

L'effettivo allontanamento dei minori non si è dimostrato eccessivo, né particolarmente rigido, secondo i giudici di Strasburgo, operando in favore degli interessi dei minori. Di conseguenza, la Corte Edu non ha rilevato alcuna violazione dell'art. 8, considerando l'intervento delle autorità interne un «equo bilanciamento tra l'interesse superiore dei minori e gli interessi dei ricorrenti».

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Tutela dei consumatori – Direttiva 93/13/CEE – Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori – Articolo 1, paragrafo 2 – Ambito di applicazione della direttiva – Clausola che attribuisce la competenza territoriale al giudice determinato in applicazione delle regole generali – Articolo 6, paragrafo 1 – Esame d'ufficio del carattere abusivo – Articolo 7, paragrafo 1 – Obblighi e poteri del giudice nazionale

L'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva una clausola contrattuale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che opera un rinvio generale al diritto nazionale applicabile per quanto riguarda la determinazione della competenza giurisdizionale a conoscere delle controversie tra le parti del contratto.

L'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a norme di procedura, alle quali rinvia una clausola del contratto, che consentono al professionista, in caso di ricorso per l'asserita mancata esecuzione di un contratto da parte del consumatore, di scegliere tra il giudice competente del domicilio del convenuto e quello del luogo di esecuzione del contratto, a meno che la scelta del luogo di esecuzione del contratto comporti per il consumatore condizioni procedurali tali da poter restringere eccessivamente il diritto a un ricorso effettivo conferitogli dall'ordinamento giuridico dell'Unione, il che deve essere verificato dal giudice nazionale.

Corte giust., (Prima Sezione), 3 aprile 2019, C-266/18, *Aqua Med*²

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU 1993, L 95, pag. 29), e della sentenza del 4 giugno 2009, *Pannon GSM* (C 243/08, EU:C:2009:350). La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'*Aqua Med sp. z o.o.* e la sig.ra *Irena Skóra* in merito alla competenza territoriale dei giudici nazionali a conoscere del ricorso proposto dal professionista nei confronti di un consumatore e diretto a ottenere il pagamento del prezzo di vendita.

Secondo la clausola contenuta nel capitolo 9, paragrafo 4, delle condizioni generali, che formano parte integrante del contratto di vendita, «[i]l giudice competente a conoscere delle controversie tra le parti sarà il giudice competente ai sensi delle disposizioni in vigore».

Con ordinanza del 18 ottobre 2017, il *Sąd Rejonowy w Nowym Tomyślu* (Tribunale del distretto di Nowy Tomyśl) si è dichiarato incompetente e ha rinviato il caso al tribunale distrettuale nel cui territorio si trova il domicilio della convenuta. Il suddetto giudice ha constatato che, trattandosi di un contratto tra un professionista e un consumatore, non doveva essere applicato solo il diritto nazionale, ma anche il diritto dell'Unione in materia di tutela dei consumatori, segnatamente l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 e la giurisprudenza della Corte, in particolare la sentenza del 4 giugno 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), da cui risulta che i giudici nazionali sono obbligati a esaminare d'ufficio le clausole abusive nell'ambito dei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori, comprese le clausole relative alla competenza giurisdizionale.

Di conseguenza, tale giudice ha considerato che l'articolo 202 del codice di procedura civile, che non consente un esame d'ufficio della competenza da parte del giudice adito, rende in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione della tutela legale garantita ai consumatori dal diritto dell'Unione.

Nell'ambito di tale esame d'ufficio, il *Sąd Rejonowy w Nowym Tomyślu* (Tribunale del distretto di Nowy Tomyśl) ha esaminato la propria competenza territoriale e ha concluso che è abusiva la clausola contrattuale che consente l'applicazione di una norma nazionale in base alla quale il professionista può proporre un ricorso nei confronti di un consumatore dinanzi al giudice nella cui circoscrizione ha sede il professionista stesso. Pertanto, il *Sąd Rejonowy w Nowym Tomyślu* (Tribunale del distretto di Nowy Tomyśl) ha respinto la clausola contrattuale in questione e applicato una disposizione di legge, vale a dire l'articolo 27, paragrafo 1, del codice di pro-

² Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

cedura civile, che disciplina la competenza giurisdizionale generale, di modo che è territorialmente competente il giudice nel cui ambito è domiciliato il convenuto.

L'Aqua Med ha impugnato l'ordinanza del giudice di primo grado dinanzi al Sąd Okręgowy w Poznaniu (Tribunale regionale di Poznań, Polonia), facendo valere una violazione della normativa nazionale e un'applicazione erronea dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13.

Tale giudice nutre dubbi quanto all'applicazione della direttiva 93/13, in quanto la clausola contrattuale di cui trattasi rinvia alle norme nazionali applicabili indipendentemente dall'esistenza di quest'ultima. In tali circostanze, il Sąd Okręgowy w Poznaniu (Tribunale regionale di Poznań) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali.

Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva una clausola contrattuale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, per quanto riguarda la determinazione della competenza giudiziaria a conoscere delle controversie tra le parti del contratto, rinvia al diritto nazionale applicabile. Al riguardo, la Corte ricorda che «l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13, che riguarda le clausole che riproducono le disposizioni legislative o regolamentari imperative, sancisce un'esclusione dall'ambito di applicazione di quest'ultima soggetta, secondo la giurisprudenza della Corte, a due condizioni. Da un lato, la clausola contrattuale deve riprodurre una disposizione legislativa o regolamentare e, dall'altro, tale disposizione deve essere imperativa (sentenza del 20 settembre 2018, OTP Bank e OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750, punto 52, nonché giurisprudenza ivi citata). Se è vero che l'esame della sussistenza di tali requisiti rientra nella competenza del giudice nazionale in ciascun caso di specie, spetta alla Corte elaborare i criteri idonei a consentirgli di statuire (v., per analogia, sentenza del 22 febbraio 2018, Nagyszénás Településszolgáltatási Nonprofit Kft., C-182/17, EU:C:2018:91, punto 34 e giurisprudenza ivi citata). Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, l'esclusione dall'ambito di applicazione di tale direttiva prevista dal suo articolo 1, paragrafo 2, si estende alle disposizioni del diritto nazionale che si applicano tra le parti contraenti indipendentemente dalla loro scelta e a quelle che sono applicabili in via suppletiva, vale a dire in assenza di un diverso accordo tra le parti in proposito. Tale esclusione è giustificata dal fatto che è legittimo presumere che il legislatore nazionale abbia creato un equilibrio tra l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti di determinati contratti, equilibrio che il legislatore dell'Unione ha esplicitamente inteso preservare (sentenza del 7 agosto 2018, Banco Santander e Escobedo Cortés, C-96/16 e C-94/17, EU:C:2018:643, punto 43)».

Peraltro, la Corte ha altresì statuito che «il giudice nazionale deve tener conto del fatto che, alla luce, in particolare, dell'obiettivo di tale direttiva, ossia la tutela dei consumatori contro le clausole abusive inserite nei contratti conclusi con questi ultimi dai professionisti, l'eccezione istituita dall'articolo 1, paragrafo 2, della stessa direttiva deve essere interpretata restrittivamente (sentenza del 20 settembre 2018, OTP Bank e OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750, punto 54 e giurisprudenza ivi citata)».

Nel caso di specie, risulta dalle constatazioni del giudice del rinvio che il contratto di cui trattasi nel procedimento principale è formulato in termini molto generali, di modo che non vi è motivo di mettere in discussione la sua utilità, in quanto si riferisce a disposizioni nazionali che, come precisato dallo stesso giudice, si applicano a prescindere dall'esistenza della clausola. Inoltre, tale clausola non è, in senso stretto, una disposizione nazionale specifica, dal momento che le disposizioni nazionali alle quali essa rinvia prevedono un insieme di norme che disciplinano le modalità per determinare la competenza giurisdizionale, e il professionista può scegliere quella che gli è più favorevole. «Sebbene la clausola di cui trattasi rinvii alla normativa nazionale, la presunzione secondo la quale il legislatore ha creato un equilibrio tra l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti di determinati contratti non può giustificare un'esclusione di tale clausola dall'ambito di applicazione della direttiva 93/13. Infatti, in un caso siffatto, occorre valutare la formulazione di tale clausola contrattuale e i suoi effetti sulle aspettative del consumatore. Considerata l'interpretazione restrittiva dell'eccezione di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13, risulta da quanto precede che una clausola, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, non può essere intesa nel senso che riflette una disposizione nazionale».

A giudizio della Corte, quindi, l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva una clausola contrattuale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che opera un rinvio generale al diritto nazionale applicabile per quanto riguarda la determinazione della competenza giurisdizionale a conoscere delle controversie tra le parti del contratto.

Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che esso osta a norme procedurali, alle quali rinvia una clausola del contratto, che consentono al professionista di scegliere, in caso di un ricorso per asserita mancata esecuzione del contratto da parte del consumatore, tra il giudice competente del domicilio del convenuto e quello del luogo di esecuzione del contratto.

Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, in combinato disposto con il ventiquattresimo considerando di quest'ultima, gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. Nella sua giurisprudenza costante, «la Corte ha sottolineato la natura e l'importanza dell'interesse pubblico costituito dalla tutela dei consumatori che si trovano in una posizione di inferiorità nei confronti dei professionisti (sentenza del 13 settembre 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, punto 40 e giurisprudenza ivi citata). Per quanto riguarda la competenza territoriale a conoscere delle controversie tra un professionista e un consumatore, si deve constatare che la direttiva 93/13 non contiene alcuna disposizione espressa che stabilisca il giudice competente». Ciò detto, la Corte ritiene che sia necessario garantire un'effettiva tutela dei diritti che il consumatore trae dalla direttiva 93/13. Ed aggiunge che per quanto riguarda il principio di equivalenza, «si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento tale da suscitare un dubbio quanto alla conformità a quest'ultimo della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale. Quanto al diritto a un ricorso effettivo, occorre rammentare che esso deve valere sia sul piano della designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate sul diritto dell'Unione, sia per quanto riguarda le modalità procedurali relative a siffatte azioni (sentenza del 13 settembre 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, punto 59 e giurisprudenza ivi citata)».

Il giudice nazionale deve, in tale contesto, valutare se la disposizione processuale nazionale garantisca il diritto a un ricorso effettivo e procedere a tale valutazione tenendo conto della posizione di tale disposizione nel complesso del procedimento, del suo svolgimento e delle sue peculiarità dinanzi ai vari organi nazionali. «Occorre quindi verificare, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in quale misura le disposizioni del diritto nazionale in materia di competenza riducano eccessivamente il diritto dei consumatori a un ricorso effettivo o all'esercizio dei diritti conferiti a questi ultimi dalla direttiva 93/13».

In linea di principio, una disposizione nazionale che prevede, in alternativa, la competenza del giudice del luogo dell'esecuzione di un contratto stipulato con i consumatori non è, di per sé, idonea a causare una restrizione eccessiva del diritto dei consumatori a un ricorso effettivo. Infatti, una siffatta competenza «non esclude la possibilità per il consumatore di partecipare al procedimento avviato nei suoi confronti e di far valere i diritti che trae dalla direttiva 93/13. Inoltre, ciascun giudice è tenuto ad esaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali di un contratto tra un professionista e un consumatore e ad adottare le misure necessarie al fine di garantire la protezione del consumatore contro le clausole abusive. Tuttavia, tra i mezzi adeguati ed efficaci che devono garantire al consumatore il diritto a un ricorso effettivo deve essere compresa la possibilità di intervenire nell'ambito di un ricorso proposto nei suoi confronti da un professionista, a condizioni procedurali ragionevoli, cosicché l'esercizio dei suoi diritti non sia soggetto a condizioni, in particolare relative a termini o costi, che limitino l'esercizio dei diritti garantiti dalla direttiva 93/13 (v., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, punto 63 e giurisprudenza ivi citata)».

Di conseguenza, il giudice UE risponde alla seconda questione dichiarando che l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 si interpreta nel senso che esso non osta a norme di procedura, alle quali rinvia una clausola del contratto, che consentono al professionista, in caso di ricorso per l'asserita mancata esecuzione di un contratto da parte del consumatore, di scegliere tra il giudice competente del domicilio del convenuto e quello del luogo di esecuzione del contratto, a meno che la scelta del luogo di esecuzione del contratto comporti per il consumatore condizioni procedurali tali da poter restringere eccessivamente il diritto a un ricorso effettivo conferitogli dall'ordinamento giuridico dell'Unione, il che deve essere verificato dal giudice nazionale.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Servizio pre-ruolo prestato presso istituto scolastico paritario: è riconoscibile ai fini della mobilità territoriale? 328
di Alessandra Iannella

DIRITTO PENALE

I riflessi del *ne bis in idem* convenzionale sul doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato. 331
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'ordine di demolizione delle opere abusive: questioni in tema di sequestro penale preventivo dell'opera e di tempestività del deposito della produzione documentale nel processo amministrativo telematico.. 336
di Sascha Ferrillo



Diritto civile

Servizio pre-ruolo prestato presso istituto scolastico paritario: è riconoscibile ai fini della mobilità territoriale?

abstract

Years of teaching at officially recognized schools, before inclusion in the list of permanent staff in State Schools, can't be recognized to determine teachers' territorial mobility lists.

keywords

Officially recognized school – Untenured teachers – List – Territorial mobility.

abstract

Il punteggio acquisito dal docente per il servizio pre-ruolo prestato presso un istituto scolastico paritario non è valutabile ai fini della formazione della graduatoria per la mobilità territoriale.

parole chiave

Istituto scolastico paritario – Servizio pre-ruolo – Graduatoria – Mobilità territoriale.

Il presente *focus* trae spunto dalla sentenza n. 476 del 16.3.2018, in cui la Corte d'Appello di Milano, sez. lavoro, si è espressa in merito alla valutabilità, ai fini della formazione della graduatoria per la mobilità territoriale, del servizio pre-ruolo prestato dal docente presso istituti scolastici paritari.

La pronuncia in esame risulta particolarmente interessante in quanto, confermando la sentenza impugnata¹ e rigettando la richiesta della ricorrente, ha aderito all'orientamento minoritario formatosi sul punto in primo grado.

Al fine di comprendere al meglio i termini della questione, necessaria appare una breve disamina della normativa applicabile alla fattispecie in oggetto, ossia l'art. 40, comma 1, d.lgs. 165/2000, nonché il CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A., cui il decreto legislativo espressamente rinvia.

Ed invero, il citato art. 40 del d.lgs. 165/2001, nel disporre al comma 1 che, «in materia di mobilità, la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge» e, al successivo comma 3-*quies*, che «nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, codice civile», evidentemente affida la disciplina del punteggio utile ai fini della mobilità alla sola contrattazione collettiva, le cui pattuizioni, pertanto, non sono sindacabili, salvo che per violazione di norme di legge.

Ritornando all'esame del caso di specie, una docente, proposto inutilmente reclamo avverso l'errata valutazione della domanda di mobilità, adiva dapprima il Tribunale di Milano e, successivamente, la Corte d'Appello di Milano, al fine di ottenere l'accertamento e la conseguente dichiarazione del diritto al riconoscimento del servizio pre-ruolo svolto presso istituti scolastici paritari, sia ai fini della mobilità territoriale, sia in sede di ricostruzione di carriera.

A sostegno della propria pretesa, la ricorrente adduceva l'illegittimità della clausola contenuta nelle NOTE COMUNI riportate in calce alla "Tabella di valutazione dei titoli ai fini dei trasferimenti a domanda e d'ufficio del personale docente" del CCNI, la quale, nel disporre che "il servizio prestato nelle scuole paritarie non è valutabile in quanto non riconoscibile ai fini della ricostruzione carriera", integrerebbe una palese violazione della L. n. 62/2000, recante "Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione", nonché del D.L. 255/2001 che, prendendo atto della predetta equiparazione tra servizi statali e paritari, espressamente prevede che gli stessi siano valutati nella stessa misura².

² È questo l'orientamento maggioritario affermato sul punto in primo grado. In particolare, si segnala la sentenza del Tribunale di Parma, 6 aprile 2017, che, ritenendo ormai esistente un principio generale di equiparazione del servizio d'insegnamento prestato dai docenti delle scuole paritarie con quello prestato nell'ambito delle scuole pubbliche, ha definito illegittima la contestata disposizione del CCNI per la mobilità del personale docente a.s. 2016/2017, che esclude qualsiasi attribuzione di punteggio, in sede di mobilità, per il servizio d'insegnamento svolto negli istituti paritari. Nello stesso senso, si è espresso Trib. Po-

¹ Tribunale di Milano, 10 aprile 2017, n. 997.

Nella pronuncia in esame, la Corte d'appello di Milano ha confermato integralmente la sentenza del giudice di prime cure, ritenendo prive di rilievo le argomentazioni addotte dall'appellante e, dunque, del tutto esente da profili di illegittimità la clausola contestata.

A tale conclusione il Collegio è giunto soffermandosi dapprima su un'attenta disamina del testo contrattuale, poi sull'esame delle disposizioni di legge presumibilmente in contrasto con la clausola impugnata.

Relativamente al primo profilo, la Corte ha osservato che, essendo la disciplina della mobilità territoriale dettata sostanzialmente dalla contrattazione collettiva e dunque da una norma pattizia, necessario risulta soffermarsi in *primis* sull'interpretazione delle disposizioni in essa contenute secondo i criteri di cui agli artt. 1362-1371 c.c.³

Così procedendo, evidente risulta la volontà delle parti di escludere, al di fuori delle ipotesi derogatorie espressamente previste⁴, la valutabilità del servizio prestato nelle scuole paritarie.

Ed infatti, la chiara lettera del testo contrattuale, unitamente alla reiterazione, nonostante il contenzioso insorto, della clausola contestata nel CCNI concernente la mobilità del personale docente per l'a.s. 2017/2018⁵, non lasciano, ad avviso della Corte, alcun dubbio sul punto.

Così ricostruita la volontà delle parti, del tutto legittimo risulta l'operato dell'Amministrazione.

Ed invero, il mancato riconoscimento, da parte di quest'ultima, del punteggio conseguito dalla ricorrente prestando servizio pre-ruolo presso un istituto scolastico paritario si fonda sulla corretta interpretazione e sulla conseguente applicazione della normativa vigente in materia, ossia il CCNI.

Relativamente al secondo aspetto, il collegio ha

tenza, 18 luglio 2017, secondo il quale “*diversamente opinando si porrebbe ad un'interpretazione della vigente normativa senz'altro contraria ai principi di uguaglianza e d'imparzialità della Pubblica Amministrazione, non essendovi ragione per discriminare sia in sede di mobilità, sia ai fini della ricostruzione carriera, tra servizi aventi, per legge, la medesima dignità e le medesime caratteristiche*”.

³ In tal senso, Corte d'Appello Milano 17 ottobre 2018, n. 1529.

⁴ Alla clausola contestata, il CCNI 2016 aggiunge che “*è fatto salvo il riconoscimento del servizio prestato fino al 31.08.2008 nelle scuole paritarie primarie che abbiano mantenuto lo status di parificate congiuntamente a quello di paritarie e del servizio comunque prestato nelle scuole paritarie dell'infanzia comunali*”, mentre il CCNI 2017 aggiunge, a sua volta, che “*è fatto salvo il riconoscimento del servizio prestato: a) fino al 31.08.2008, nelle scuole paritarie primarie che abbiano mantenuto lo status di parificate congiuntamente a quello di paritarie; b) nelle scuole paritarie dell'infanzia comunali; c) nelle scuole secondarie pareggiate (art. 360 del T.U.)*”. Dalla previsione di ipotesi espressamente derogatorie, il Collegio ha dedotto l'ulteriore conferma della tesi secondo la quale la volontà delle parti era escludere in via generale la riconoscibilità del servizio pre-ruolo prestato presso istituti scolastici paritari.

⁵ Il riferimento è al CCNI sottoscritto l'11 aprile 2017, le cui disposizioni sono state poi trasposte nell'O.M. 12 aprile 2017, n. 221.

osservato che, se la mobilità territoriale è disciplinata dalla sola contrattazione collettiva, e se questa non può essere censurata se non per violazione di norme di legge, evidentemente il giudice di merito non può disporre la disapplicazione della norma pattizia nella parte in cui dispone che “*il servizio prestato nelle scuole paritarie non è valutabile in quanto non riconoscibile ai fini della ricostruzione carriera*”, atteso che non esiste alcuna norma di legge che imponga il rispetto di rigidi criteri di priorità nei trasferimenti del personale scolastico.

Ed invero, la predetta norma non risulta in contrasto con alcuna delle disposizioni di legge richiamate dalla ricorrente.

In particolare, la L. 62/2000, recante “*Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione*”, nulla prevede in merito al rapporto di lavoro degli insegnanti nelle scuole paritarie, limitandosi a disporre all'art. 1 che «*il sistema nazionale d'istruzione, fermo restando quanto previsto dall'art. 33, secondo comma, della Costituzione, è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie e degli enti locali*». Pertanto, evidente appare come la citata normativa si sia limitata a prevedere una parificazione tra scuole statali e scuole paritarie, parificazione che, tuttavia, alla luce della *ratio* e della lettera della norma, non può che ritenersi limitata al solo aspetto funzionale ed organizzativo, senza alcuna ingerenza sul piano dell'iniziativa economica e culturale nel settore dell'insegnamento e senza alcuna implicazione sulle condizioni contrattuali del personale interessato.

Ad analoga conclusione non può che giungersi anche relativamente al D.L. 250/2005, che, all'art. 1 bis, dispone che «*le scuole non statali di cui alla parte II, titolo VIII, capi I, II e III, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, sono ricondotte alle due tipologie di scuole paritarie riconosciute ai sensi della legge 10 marzo 2000, n. 62 e di scuole non paritarie*». Ed invero, la sostituzione delle diverse tipologie di scuole non statali in precedenza disciplinate dal d.lgs. n. 297/1994 con le due sole categorie delle scuole paritarie e delle scuole non paritarie non consente di ritenere estensibile alle attuali scuole paritarie il regime in precedenza previsto per scuole appartenenti a tipologie ormai non più esistenti (regime, tra l'altro, differenziato in ragione delle distinte categorie).

In particolare, è da escludersi che sia automaticamente estensibile alla materia dei trasferimenti la disciplina dettata, ai fini della ricostruzione di carriera, dall'art. 485 d.lgs. n. 297/1994, con specifico riferimento a talune precedenti scuole non statali. Sul punto, infatti, la giurisprudenza amministrativa⁶ e quella civile⁷ concordano nel qualificare come eccezionali

⁶ Consiglio di Stato, 22 giugno 2004, n. 4382.

⁷ Corte di Cassazione, 30 gennaio 2015, n. 1749.

quelle norme che prevedono il riconoscimento di servizi pre-ruolo a fini giuridici ed economici. Ed invero, trattandosi di norme attributive di benefici particolari, non possono ritenersi applicabili estensivamente ed analogicamente⁸.

Tali considerazioni, inoltre, non risultano smentite dal D.L. n. 255/2001, che, all'art. 2, comma 2, dispone che "i servizi d'insegnamento prestati dal 10 settembre 2000 n. 62 sono valutati nella stessa misura prevista per il servizio prestato nelle scuole statali". Ed invero la citata disposizione, emblematicamente rubricata "integrazione a regime delle graduatorie permanenti del personale docente", riguarda la formazione delle graduatorie cui appartengono i docenti non in ruolo e, dunque, una fattispecie del tutto diversa dalla graduatoria della mobilità del personale già assunto ai fini del trasferimento su domanda dell'interessato. La diversità degli istituti esclude un'interpretazione analogica della stessa.

Tale conclusione risulta ulteriormente confermata laddove si consideri la natura della norma citata. Ed invero, trattandosi di una norma che equipara servizi prestati per soggetti diversi dal MIUR a servizi prestati per il MIUR, non può che essere considerata una norma eccezionale ed, in quanto tale, insuscettibile di applicazione estensiva o analogica.

Alla luce di tali argomentazioni, la Corte d'Appello di Milano, prendendo posizione sulla controversa questione inerente la riconoscibilità del servizio pre-ruolo prestato presso istituti scolastici paritari, ha ritenuto legittima la clausola contestata, non essendo questa in contrasto con alcuna disposizione di legge.

Nello stesso senso si è recentemente espressa, in relazione ad una fattispecie analoga, anche la Corte d'Appello di Brescia, nella sentenza del 29 novembre 2018.

In tale pronuncia, il Collegio, facendo proprie le valutazioni precedentemente espresse dalla Corte d'Appello di Milano, è andato oltre la valutazione di legittimità della clausola contestata, soffermandosi anche sulla ragionevolezza della stessa.

La Corte, infatti, rigettate le censure dell'appellante ed esclusa l'illegittimità della disposizione pattizia per violazione di norme di legge, ha osservato come non sia affatto irragionevole negare, ai fini in questione, rilevanza al servizio pre-ruolo prestato presso istituti scolastici paritari. Ed invero, se sotto il profilo dell'immissione in ruolo indubbiamente risulta giustificata la valorizzazione di qualsiasi esperienza d'insegnamento presso qualunque scuola, statale o paritaria, sotto il profilo del trasferimento e della carriera del docente in ruolo, altrettanto giustificato risulta premiare la continuità del servizio pre-ruolo maturato dal docente esclusivamente alle dipendenze dello Stato.

Pertanto, la contestata differenziazione, lungi

dall'essere illegittima e discriminatoria, risulta condonabile e giustificata, in quanto finalizzata a premiare la continuità del servizio prestato in favore dello stesso datore di lavoro, ossia lo Stato.

In conclusione, appare evidente come si stia ormai delineando tra i giudici di secondo grado un nuovo e diverso orientamento in merito alla riconoscibilità, ai fini della mobilità territoriale, del servizio pre-ruolo prestato presso istituti scolastici paritari.

La posizione assunta dalla Corte d'Appello di Milano, prima, e dalla Corte d'Appello di Brescia, poi, sulla controversa questione in oggetto appare condivisibile, in quanto in linea con la legislazione vigente in materia di ordinamento scolastico, con la normativa vigente in materia di mobilità territoriale, nonché col principio d'imparzialità e di buon andamento della PA.

Su tale ultimo aspetto appare opportuno richiamare il consolidato orientamento della Corte di Cassazione⁹, secondo il quale, in materia di pubblico impiego privatizzato, il principio espresso dall'art. 45, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo il quale le amministrazioni garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale, opera nell'ambito del sistema d'inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva e vieta trattamenti migliorativi o peggiorativi a titolo individuale.

Tuttavia, tale criterio non costituisce parametro per giudicare le differenziazioni operate in sede di contrattazione collettiva, in quanto la disparità trova titolo non in scelte datoriale lesive della dignità del lavoratore, ma in pattuizioni dell'autonomia negoziali delle parti collettive le quali operano su un piano tendenzialmente paritario e sufficientemente istituzionalizzato, di regola sufficiente a tutelare il lavoratore.

Pertanto, può guardarsi con favore alla posizione assunta dalla Corte di appello in merito alla legittimità della clausola contestata, e, dunque, da escludere risulta il riconoscimento, ai fini della mobilità territoriale, del punteggio acquisito dal docente per il servizio prestato presso istituti scolastici paritari.

⁸ In tal senso, Corte d'Appello di Brescia, 28 novembre 2018.

⁹ *Ex multis*, Cass. 20 gennaio 2014, n. 1037.

Giacomo Romano
Avvocato

Diritto penale

I riflessi del *ne bis in idem* convenzionale sul doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato.

abstract

The decision discussed in this paper examines the conventional problems posed by the law (article 187-terdecies of Legislative Decree No. 58/1998), with reference to ne bis in idem about "double track system".

keywords

Ne bis in idem; double track system; market abuse regulation.

abstract

Il provvedimento in esame analizza la tenuta convenzionale dell'art. 187-terdecies TUF, con riferimento al principio del ne bis in idem applicato al doppio binario sanzionatorio amministrativo/penale.

parole chiave

Ne bis in idem; doppio binario sanzionatorio; abusi di mercato.

La questione in esame trae spunto da una recente ed interessante sentenza emessa dal tribunale di Milano in data 1 febbraio 2019 con la quale si affronta un caso davvero particolare relativo al tema tanto attuale quanto complesso della rilevanza nel *ne bis in idem* sul trattamento sanzionatorio in sede penale, anche alla della giurisprudenza delle Corti nazionali ed europee.

Il caso, come si accennava, è singolare. Gli imputati, ai quali era stata applicata in via definitiva la sanzione pecuniaria di centomila euro per la violazione dell'art. 187-ter TUF (illecito amministrativo), erano stati tratti a giudizio per il medesimo fatto storico qualificato ex art. 185 TUF come delitto di manipolazione del mercato¹.

¹ Nell'attuale assetto normativo integrano una fattispecie delittuosa le condotte manipolative su strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati; integrano fattispecie contravvenzionale le condotte manipolative poste in essere in ogni sede di negoziazione alternativa (piattaforme MTF e OTF, art. 180, co. 1, lett. a), n. 2 e n. 2-bis). Per quanto concerne gli strumenti finanziari non quotati su alcun mercato, né regolamentato né alternativo (art. 180, co. 1, lett. a) n. 2-ter), l'art. 185, co. 2-bis, TUF prevede una fattispecie contravvenzionale «limitatamente agli strumenti finanziari il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario di cui ai numeri 2 e 2 bis ovvero ha un effetto su tale prezzo o valore o relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni». Quindi, con riferimento agli strumenti finanziari non quotati su alcun mercato, né regolamentato né alternativo, è ipotizzabile un illecito contravvenzionale quando la condotta manipolativa abbia ad oggetto derivati. Nella fattispecie sia lo strumento finanziario derivato oggetto della condotta manipolativa contestata (il warrant FSA), sia lo strumento finanziario sottostante erano

Ritenuta la penale responsabilità degli stessi, il tribunale di Milano si è interpellato circa la sanzione da irrogare in concreto che, con riguardo ai criteri fissati dall'art. 133 c.p., è stata fissata nel minimo edittale (anni due di reclusione e 40 mila euro di multa).

Atteso che la sanzione amministrativa pecuniaria già definitivamente inflitta dalla Consob è risultata molto elevata, il Giudice è stato costretto per dare diretta applicazione alle norme convenzionali senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale² a trovare una soluzione di compromesso nella commisurazione della pena al fine di assicurare nel complesso una "proporzionalità" tra il cumulo delle sanzioni complessivamente irrogate agli imputati e la gravità dell'illecito realizzato³.

Ma procediamo con ordine. Innanzitutto, il tribunale si è espresso sulla richiesta formulata dagli imputati di pronunciare sentenza di proscioglimento ex art. 649 c.p.p. poiché essendo già stati "condannati" in sede amministrativa, qualora si fosse giunti ad una sentenza di condanna, si sarebbe leso il diritto al *ne bis in idem* espresso a livello sovranazionale nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti umani (d'ora in poi CEDU)⁴, nonché nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi CDFUE o Carta di Nizza)⁵.

Sul punto, è bene ripercorrere la questione anche alla luce degli sviluppi giurisprudenziali nazionali e sovranazionali che hanno caratterizzato la materia della manipolazione di mercato.

Invero, in un primo tempo, il sistema del doppio binario sanzionatorio ha ricevuto censure anche importanti da parte della Corte europea dei diritti umani.

Il punto di partenza deve individuarsi nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, ove la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che l'applicazione del cumulo sanzionatorio, così come risultante dal TUF, contrastasse con la garanzia al *ne bis in idem* prevista dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

Decisiva, nell'accertamento della violazione della garanzia convenzionale, era la qualificazione alla stregua di "sanzione sostanzialmente penale" della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 187-ter TUF; infatti, sulla scia dei noti criteri Engel, si è ritenuto che, a dispetto del suo *nomen iuris*, la sanzione *de qua* si connotasse per un grado di afflittività tale da essere attratta nella

negozianti in un mercato regolamentato, e precisamente nel segmento *blue chip* organizzato e gestito da Borsa italiana.

² Così testualmente CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate*.

³ Cass. pen. Sez. V, 16 luglio – 10 ottobre 2018, n. 45829.

⁴ L'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU sancisce che «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato».

⁵ L'art. 50 CDFUE prevede che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

nozione sostanziale di “pena”.

Acclarata l'applicabilità dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, in questo primo arresto, la Corte EDU aveva assunto un'impostazione rigorosa, affermando il carattere assoluto del divieto convenzionale: ovverosia, aveva statuito il divieto assoluto di avviare, nei confronti della medesima persona, ed in relazione ad un *idem factum*, un secondo procedimento sanzionatorio qualora fosse stata già pronunciata una sentenza definitiva⁶.

In linea con l'impostazione allora seguita dalla Corte EDU, la sentenza n. 102 del 2016 della Corte costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate, tra l'altro, dalla Suprema Corte, rilevava che, «in base alla consolidata giurisprudenza Europea», «il divieto di bis in idem ha carattere processuale, e non sostanziale», sicché esso «permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta - definitiva la pronuncia relativa all'altro»⁷.

⁶ Richiamati gli scopi della Consob («assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici»), la Corte di Strasburgo aveva sottolineato come le sanzioni pecuniarie da essa inflitte «mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva», sicché erano basate «su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità» e, diversamente da quanto sostenuto dal Governo italiano, non si prefiggevano unicamente di riparare un danno di natura finanziaria; inoltre, «le sanzioni erano inflitte dalla Consob in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori» (p. 96). Ricostruita la disciplina sanzionatoria amministrativa prevista dal TUF, la sentenza Grande Stevens sottolineava che «il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta» (p. 98), giungendo così alla conclusione che «le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell'ambito della materia penale» (p. 99). Muovendo dal riconoscimento della riconducibilità nella materia penale della sanzione inflitta dalla Consob in relazione all'illecito di cui all'art. 187-ter TUF, la Corte EDU metteva in luce la portata del principio convenzionale del *ne bis in idem* sotto un duplice profilo: per un verso, infatti, «(l)a garanzia sancita all'articolo 4 del Protocollo n. 7 entra in gioco quando viene avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione di assoluzione o di condanna è già passata in giudicato» (p. 220) e, per altro verso, «la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187-ter e art. 185, punto 1 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta» (p. 224). Risolte in termini positivi le verifiche relative alla sussistenza dei presupposti di operatività del principio convenzionale, la Corte EDU concludeva nel senso della violazione dell'art. 4 del Prot. n. 7.

⁷ D'altra parte, la sentenza n. 102 del 2016 indirizzava un monito al legislatore, rilevando che «spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU» e osservando che, in tale prospettiva, «si muove il recente Legge Delega 9 luglio 2015, n. 114, art. 11, comma 1, lettera m), (Delega al Governo per il recepimento delle direttive Europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea. Legge di delegazione Europea 2014), per l'attuazione alla direttiva n. 2014/57/UE, che impone agli Stati membri di adottare sanzioni penali per i casi più gravi di abuso di mercato, commessi con dolo e permette loro di aggiungere una sanzione amministrativa nella linea dell'art. 30 del regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio

Una diversa prospettiva è stata, invece, assunta, dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea. La sentenza della Grande Sezione del 26/02/2013 *Aklagare m. Akeberg Fransson C-617/10*. La Grande Sezione ha sottolineato che «spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive» (par. 36).

Nella definizione, secondo il diritto dell'Unione Europea, della portata del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Corte di giustizia in ciò distinguendosi dall'impostazione seguita dalla Corte Edu con la sentenza Grande Stevens – fa dunque riferimento alla necessaria valutazione dell'adeguatezza delle rimanenti sanzioni rispetto ai già richiamati canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività.

Senonché, con la sentenza *A. e B. c. Norvegia* del 15 novembre 2016, la Grande Camera della Corte EDU ha parzialmente modificato, attenuandola, la portata della garanzia *de qua*. In forza di tale parziale *revirement*, si è impressa al divieto di *ne bis in idem* una dimensione eminentemente esecutiva.

Difatti, si è affermato che non è preclusa la duplicazione di procedimenti sanzionatori a condizione che, tra questi, sussista una «sufficiently close connection in substance and in time». Siffatta connessione implica, sul piano sostanziale, che i due procedimenti (a) perseguano scopi differenti e complementari; (b) siano prevedibili; (c) siano condotti in modo tale da evitare una duplicazione dell'attività istruttoria; (d) sfocino nell'applicazione di sanzioni che siano proporzionate alla gravità dell'offesa. Sul piano temporale, la connessione presuppone che (e) ci sia un collegamento cronologico tra i procedimenti, di modo che ci sia una contiguità temporale.⁸

Da ciò ne deriva che, la medesima persona può essere sottoposta ad un duplice procedimento, volto a sanzionare un *idem factum*, purché la risposta sanzionatoria, che deriva dal cumulo delle due pene, sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto.

Di talché, la conformità del doppio binario sanzionatorio ove rispettoso di tale condizione. In questo quadro si collocano le tre pronunce rese il 20 marzo 2018 dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea nelle cause *Menci* (C- 524/15), *Garlsson Real Estate SA* in, liquidazione, *Riccucci Stefano, Magiste International SA c. Consob* (C-537/16) e *Di Puma c. Consob e Consob c. Zecca* (C-596/16 e C-597/16).

In particolare, nella sentenza *Garlsson Real Estate e. a. c. CONSOB*, riguardante anch'essa un'ipotesi di manipolazione del mercato la Corte di Lussemburgo, risolvendo le due questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte di Cassazione, ha infatti affermato che il divieto di *bis in idem* preclude «di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata

relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE». In effetti, la direttiva 2014/57/UE stabiliva, quale termine per il suo recepimento, il 03 luglio 2016 e la legge di delegazione Europea 2014 richiamata dal giudice delle leggi (L. 9 luglio 2015, n. 114) delegava, all'art. 11, il Governo all'attuazione della direttiva stessa: tale delega, tuttavia, non fu esercitata.

⁸ La Grande Camera sottolinea, inoltre, la necessità di valutare se le sanzioni non formalmente penali non siano riconducibili al «nucleo essenziale» del diritto penale, poiché, «se, a titolo supplementare, tale procedimento non ha carattere veramente infamante, vi sono meno possibilità che faccia gravare un onere sproporzionato sull'accusato» (p. 133).

una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva». E che inoltre, il principio euro-unitario del *ne bis in idem* «conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale».

In definitiva, si può desumere che il criterio della proporzionalità della pena complessiva irrogata costituisce il criterio cardine per verificare la conformità del doppio binario sanzionatorio, rispetto al principio dei *ne bis in idem*.

Come osservato recentemente dalla Suprema Corte, diviene dunque necessario che, nell'ordinamento interno, siano previsti dei meccanismi compensatori volti ad assicurare il coordinamento delle sanzioni: al fine di verificare il rispetto del divieto di *ne bis in idem*, «occorre stabilire se la sanzione imposta all'esito del procedimento conclusosi per primo sia stata tenuta presente nel procedimento conclusosi per ultimo»⁹.

A confortare ulteriormente il mutato scenario è intervenuta la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 43 del 24 gennaio 2018: «il mutamento del significato della normativa interposta CEDU, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo, che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice a quo, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Se, infatti, il giudice a quo ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità di introdurre, nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 c.p.p., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto».

L'ultimo approdo giurisprudenziale, da cui non può assolutamente prescindere, si deve alla Suprema Corte, intervenuta con la già citata sentenza n. 45829 del 16 luglio 2018.

Dando applicazione ai principi suesposti, così come interpretati dalle Corti sovranazionali, i giudici di legittimità hanno verificato l'esistenza di meccanismi di coordinamento volti ad assicurare la complessiva proporzionalità delle pene alla gravità del fatto.

In tale indagine, si è giunti a ritenere che «non sussiste la violazione del principio di *ne bis in idem* nel caso in cui le sanzioni penali ed amministrativa complessivamente irrogate rispettino il principio di proporzionalità»; e che «se è vero che l'art. 187-terdecies TUF non può essere assunto nella sua attuale formulazione quale parametro normativa a tali fini, dal momento che non permette al giudice di modulare la risposta sanzionatoria, tenendo conto del cumulo della sanzione pecuniaria e detentiva, è altresì vero che l'art. 133 c.p. impone in via generale al giudice di commisurare la pena alla gravità del fatto commesso».

Si aggiunga che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 4 del d.lgs. 107/2018, il necessario coordinamento sanzionatorio può ritenersi, definitivamente ed espressamente, realizzato nell'ambito del doppio binario sanzionatorio ivi in considerazione.

Ciò è quanto si evince dal novellato art. 187-terdecies, co. 1, TUF, il quale oggi dispone: «quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: (a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; (b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».

Pertanto, è chiaro nel caso in esame non vi era alcun impedi-

mento formale né sostanziale all'affermazione della penale responsabilità degli imputati che, di fatto, il tribunale ha pronunciato *ex art. 185, co. 1, D. Lgs. n. 58/1998* per il reato di manipolazione del mercato (anche noto come aggrottaggio manipolativo) in concorso tra loro.

Tale fattispecie viene a configurarsi allorché siano diffuse notizie false, o poste in essere «operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari».

Invero, sulla base dell'istruttoria, il tribunale ha ritenuto che gli imputati hanno posto in essere condotte artificiose tenuto specialmente conto della loro aggressività e della loro collocazione spazio-tempo, le quali si sono rivelate concretamente idonee ad alterare sensibilmente il prezzo dello strumento finanziario oggetto della negoziazione.

Venendo, ora, al «nocciolo» della questione deve evidenziarsi che il tribunale ha determinato il trattamento sanzionatorio avendo riguardo non solo ai criteri commisurativi dettati dall'art. 133 c.p., ma altresì al novellato art. 187-terdecies TUF il quale, pur costituendo una *lex posterior*, incide su tale profilo determinando effetti favorevoli.

La novità è, però, senza dubbio costituita dal fatto che si è tenuto presente quanto rilevato nella sentenza *Garlsson Real Estate e. a. c. CONSOB*, secondo la quale la sproporzione sanzionatoria non è in realtà scongiurata dal meccanismo delineato dall'art. 187-terdecies TUF il quale «sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione»¹⁰.

È dunque compito del giudice nazionale verificare la sussistenza del requisito della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio applicato¹¹; qualora questa valutazione conduca a ritenere detto trattamento lesivo della garanzia del *ne bis in idem*, il giudice nazionale dovrà dare diretta applicazione al principio garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, disapplicando *in mitius* le norme che questo trattamento definiscono.

In questa direzione vanno, infatti, anche gli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia che in linea con quelli della Corte EDU possono essere così enunciate: nella verifica della compatibilità con il principio del *ne bis in idem* del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore dell'abuso di mercato, il giudice comune deve valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi

¹⁰ Al riguardo, dunque, pur ravvisando profili di illegittimità della disciplina interna, avuto particolare riguardo alla mancata riferibilità del meccanismo «compensativo» ex art. 187-terdecies TUF anche alla pena della reclusione comminata dalla norma penale in materia di abusi di mercato, la sentenza *Garlsson Real Estate* riconosce comunque un margine di apprezzamento, in relazione alla fattispecie concreta, in capo al giudice nazionale: conclusione, questa, che trova conferma nelle indicazioni offerte anche dalla sentenza *Menci*, in tema di disciplina del cumulo sanzionatorio relativo agli illeciti tributari, lì dove sottolinea che spetta al giudice del rinvio valutare la proporzionalità dell'applicazione concreta della normativa sanzionatoria nell'ambito del procedimento principale, ponderando, da un lato, la gravità del reato in questione e, dall'altro, l'onere risultante concretamente per l'interessato dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni di cui al procedimento principale (p. 59).

¹¹ cfr. Cass. pen., Sez. 5, 16 luglio 2018, Franconi: giudizio che, nella prospettiva eminentemente – pur se non esclusivamente – sostanziale assunta dal divieto di *bis in idem* a seguito della recente convergenza degli orientamenti delle Corti Europee (convergenza registrata anche dalla Corte costituzionale), integra un elemento essenziale della garanzia, tanto nella prospettiva della Cedu, quanto in quella del diritto dell'Unione Europea.

⁹ Cass. Pen. Sez. V, sentenza n. 45829/2018 p. 15. 23

con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello “formalmente” amministrativo) e, in particolare, agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato (anche sotto il profilo dell’incidenza del fatto sull’integrità dei mercati finanziari e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari), tenendo conto, con riguardo alla pena della multa, del meccanismo “compensativo” di cui all’art. 187-terdecies TUF; qualora detta valutazione dovesse condurre a ritenere il complessivo trattamento sanzionatorio lesivo della garanzia del *ne bis in idem*, nei termini sopra diffusamente richiamati, il giudice nazionale dovrà dare applicazione diretta al principio garantito dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, disapplicando, se necessario e, naturalmente, solo *in mitius*, le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio.

Ebbene, con marcato riferimento al caso in esame, si rileva che il reato di manipolazione del mercato è punito con la pena della reclusione da due a dodici anni e con la pena della multa da euro 40.000,00 ad euro 10.000.000,00.

Il tribunale, in considerazione della risalenza nel tempo del fatto commesso dagli imputati e del loro stato di incensuratezza, ha ritenuto di dover irrogare ad entrambi gli imputati una pena coincidente con il minimo edittale previsto dalla disposizione incriminatrice.

Inoltre, valutata l’entità della sanzione amministrativa già irrevocabilmente inflitta agli imputati pari a 100.000,00 euro, il tribunale ha, poi, ritenuto di non dovere applicare alcuna sanzione pecuniaria, così come previsto dall’art. 187 terdecies TUE.

Ma vi è di più. La valutazione della compatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio da irrogare con il principio del *ne bis in idem* è stata spinta sino alla disapplicazione del minimo edittale della pena detentiva stabilita dall’art. 185 TUE.

Il tribunale ha, infatti, considerato che gli imputati sono stati condannati al pagamento di una sanzione amministrativa molto elevata (e, cioè, di euro 100.000,00); si tratta di sanzione pecuniaria superiore a quella che il tribunale ha applicato agli imputati e che si è attestata nel minimo edittale (dunque ad euro 40.000,00).

Pertanto, Facendo applicazione quale criterio parametrico al fine di una valutazione in termini attuali della reale afflittività della sanzione della disposizione di cui all’art. 135 c.p. (nuova formulazione), si rileva che la pena di 60.000,00 euro di multa corrisponde alla pena detentiva di mesi otto di reclusione. Sulla base di queste considerazioni, si ritiene di condannare gli imputati alla pena detentiva di anni uno mesi quattro di reclusione, disapplicando *in mitius* il minimo edittale di anni due di reclusione, e sottraendo al minimo edittale di anni due di reclusione, la pena di mesi otto di reclusione (corrispondente alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata da CONSOB eccedente la multa che questo Tribunale avrebbe irrogato).

Tale scelta rappresenta certamente una soluzione innovativa dettata dall’esigenza di assicurare il rispetto dei principi elaborati dalle corti europee e sovranazionali all’interno del nostro ordinamento e quella di dare comunque attuazione ad una norma l’art. 187-terdecies TUF riscritta troppo in fretta dal legislatore¹².

Si è perfettamente consapevoli che l’interpretazione fatta propria dal tribunale di Milano potrebbe prestarsi a legittime critiche di “coerenza” con il tenore letterale della predetta norma che oggettivamente non contempla esplicitamente la possibilità di commutazione della sanzione pecuniaria amministrativa “eccedente” nel suo corrispondente in termini di pena detentiva.

Tuttavia, si ritiene che in un’ottica marcatamente eurounitaria la soluzione al problema non sarebbe potuta essere diversa dal momento che certamente rientra nei poteri del giudice comune il

potere di disapplicare la norma di legge in contrasto con i principi europei¹³.

¹³ È oramai pacifico che le sentenze della Corte di giustizia rese in via pregiudiziale vincolano il giudice nazionale che ha effettuato il rinvio, ma dispiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 9 giugno 2016, n. 11) e hanno «*al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni*» (Corte costituzionale, 13 luglio 2007, n. 284). La normativa interna va quindi interpretata conseguentemente.

Inoltre, «*il principio del ne bis in idem garantito dall’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea conferisce ai soggetti dell’ordinamento un diritto direttamente applicabile nell’ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale*» (sentenza *Garisson Real Estate*) e non reca alcun *vulnus* ai principi costituzionali su cui poggia il nostro ordinamento. Del resto, neanche il principio di obbligatorietà dell’azione penale ex art. 112 Cost. può rappresentare un ostacolo poiché, come la Suprema Corte ha già avuto modo di rilevare con l’ordinanza n. 1782/15 del 10/11/2014, esso non può «*operare come una sorta di generalizzata preclusione al “recepimento”, nell’ordinamento interno, della riconducibilità nel genus della sanzione penale, così come delineato dalla Cedu, di sanzioni formalmente non qualificate come tali*»: rilievo, questo, all’evidenza riferibile anche al “recepimento” dell’interpretazione del diritto dell’Unione Europea e, segnatamente, dell’art. 50 CDFUE offerta dalla Corte di giustizia. I medesimi rilievi valgono anche con riguardo al principio di legalità, che pure non può essere invocato per giustificare una indiscriminata preclusione alla conformazione del diritto interno al diritto dell’Unione Europea in materia penale: rilievo, questo, che trova conferma, in primo luogo, nelle tante pronunce della giurisprudenza di legittimità in tema, ad esempio, di disciplina dell’immigrazione alla luce della direttiva 2008/115/CE e della sentenza della Corte di Giustizia, 28 aprile 2011, EI Dridi (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 20130 del 29/04/2011, Sali) o di disciplina delle scommesse alla luce degli artt. 49 e 56 TFUE e di varie decisioni della Corte di Lussemburgo (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 43955 del 15/09/2016, Tornassi). Ma analoga conferma si rinviene nella giurisprudenza costituzionale; investita delle questioni di legittimità della disciplina sanzionatoria penale in materia di giochi e scommesse, sollevate anche in riferimento ad alcune norme dei Trattati e sulla base, tra l’altro, del rilievo che, «*ai fini della certezza del diritto e della sua applicazione*», la normativa censurata dovrebbe essere «*necessariamente e preliminarmente*» sottoposta a vaglio di legittimità costituzionale «*per contrasto con tutte le disposizioni di rango primario, Europee ed italiane che siano*», la Corte costituzionale, con l’ordinanza n. 48 del 2017, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui: «*per giurisprudenza di questa Corte, fondata sull’art. 11 della Costituzione e costante a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, il giudice nazionale deve dare piena e immediata attuazione alle norme dell’Unione Europea provviste di efficacia diretta – quali pacificamente sono quelle evocate dall’odierno rimettente (sentenza n. 284 del 2007) – e non applicare, in tutto o anche solo in parte, le norme interne ritenute con esse inconciliabili; la non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite sindacabile unicamente da questa Corte del rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona*».

Principi e diritti fondamentali della persona che risultano salvaguardati dall’assetto del *ne bis in idem* e dei compiti di accertamento riconosciuti al giudice penale. Infatti, sempre con riguardo al principio di legalità in materia penale, mette conto osservare che l’apprezzamento cui è chiamato, nei termini sopra indicati, il giudice comune con riferimento alla compatibilità del

¹² Articolo inserito dall’art. 9, co. 2, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004), modificato dall’art. 3, co. 19, del D.Lgs. 29 dicembre 2006 n. 303 e da ultimo sostituito dall’art. 4, co. 17 del D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 107.

Invero, va rimarcato che nel caso in esame il “giudicato” circa illecito amministrativo è divenuto definitivo prima di quello concernente il reato di manipolazione del mercato. E non è una considerazione di poco momento.

Come si è detto, in caso di valutazione di incompatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio con la garanzia del *ne bis in idem*, il giudice dovrà dar corso all'applicazione diretta del principio garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, disapplicando le norme interne che definiscono il trattamento sanzionatorio.

Disapplicazione, questa, che potrà investire *in toto* la norma relativa alla sanzione non ancora divenuta irrevocabile solo quando la “prima” sanzione sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, avuto riguardo anche agli aspetti propri della “seconda” sanzione e agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato. Solo in presenza di una sanzione irrevocabile idonea, da sola, ad “assorbire” il complessivo disvalore del fatto, dunque, il giudice comune dovrà disapplicare *in toto* la norma che commina la sanzione non ancora irrevocabile, così escludendone l'applicazione.

Si tratta, all'evidenza, di ipotesi, che, considerata la già evidenziata estraneità della sanzione irrogata dall'autorità amministrativa al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, sono potenzialmente suscettibili di venire in rilievo nel caso in cui la valutazione circa la violazione del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile quella penale ossia nel caso preso in considerazione dalla sentenza *Garrison Rea Estate*: sanzione penale, evidentemente, determinata in termini di particolare severità rispetto ai disvalore complessivo del fatto.

Nel caso opposto in cui come nel caso in esame la sanzione divenuta irrevocabile sia quella irrogata da Consob, la disapplicazione *in toto* della norma sanzionatoria penale può venire in rilievo in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione amministrativa evidentemente attestata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di gravità, sotto il profilo penale, affatto contenuta risponda, da sola, al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti.

Fuori dall'ipotesi del tutto eccezionale appena richiamata, l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni non già *in toto*, ma solo nel minimo edittale.

L'attenzione, allora, non deve focalizzarsi sulla legittima ridefinizione del minimo edittale, bensì su quelle rarissime ipotesi nelle quali la sanzione amministrativa risulta talmente elevata da risultare *ex se* proporzionale alla gravità dell'illecito.

Cosa accadrebbe, infatti, se la sanzione pecuniaria inflitta dall'autorità amministrativa dovesse eccedere enormemente la multa che il giudice ritenga di applicare all'illecito? La pena detentiva sarebbe, in tesi, completamente commutata.

A ben vedere, però, anche questa ipotesi si pone solo astrattamente in contrasto con i principi del nostro ordinamento poiché la deroga *in mitius* al minimo edittale sarebbe comunque circoscritta, per quanto riguarda la reclusione, nel limite minimo insuperabile dettato dall'art. 23 c.p.

complessivo trattamento sanzionatorio irrogato all'interessato con la garanzia del *ne bis in idem* è sostanzialmente affine alle valutazioni sottese ai parametri commisurativi di cui all'art. 133 c.p., determinando, rispetto ad essi, un “allargamento” dell'oggetto di tali valutazioni, che, per un verso, devono essere estese al trattamento sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e, per altro verso, devono investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti (quello penale e quello “formalmente” amministrativo).

Il carattere “di sistema” rivestito dal limite minimo di quindici giorni della durata della reclusione, funzionale ad integrare le comminatorie di pena indeterminate nel minimo, è confermato dal rilievo che esso trova applicazione non solo con riferimento alle diminuenti processuali collegate all'opzione per un rito speciale¹⁴, ma anche rispetto ad istituti sostanziali¹⁵ e a comminatorie edittali incise, nel minimo, da declaratorie di illegittimità costituzionale¹⁶.

Pertanto, il necessario riferimento al limite assoluto di quindici giorni di reclusione ex art. 23 c.p. colloca comunque l'eventuale deroga *in mitius* delle norme sul trattamento sanzionatorio in esame in una cornice edittale delineata dalla legge.

L'unica perplessità che rimane sullo sfondo riguarda la legittimità generale di un tale “sistema” di commutazione che potrebbe, in effetti, andare ad esclusivo vantaggio dei soggetti più abbienti i quali solamente potrebbero far fronte al pagamento di una sanzione economicamente elevatissima e beneficiare, poi, di importanti sconti detentivi in sede penale fino addirittura a vedere ridotta la pena a quindici giorni di reclusione ex art. 23 c.p.

Sicuramente la mancata attuazione ai principi stabiliti nel Regolamento (UE) 596/2014 (MAR) e nella Direttiva 2014/57/UE (MAD II) ha contribuito a creare incertezza dal momento che le fonti europee pur autorizzando il mantenimento del regime del c.d. doppio binario sanzione penale e sanzione amministrativa per il medesimo fatto ne avrebbero subordinato l'ammissibilità al rispetto del superiore principio del divieto di *bis in idem*¹⁷.

¹⁴ cfr., per il giudizio abbreviato, Cass. pen., Sez. 7, n. 27674 del 15 marzo 2016, Diop; per l'applicazione della pena su richiesta delle parti, Sez. 6, n. 4917 del 3 dicembre 2003 - dep. 2004, Pianezza.

¹⁵ cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 29985 del 3 giugno 2014, Lan, che ha ritenuto il limite minimo assoluto di giorni quindici ex art. 23 c.p. invalicabile anche in relazione ai delitti tentati; cfr. ancora Sez. 5, n. 4892 del 22 ottobre 2010 dep. 2011, Cariolo.

¹⁶ cfr. Cass. pen., Sez. 6, n. 6190 del 11 aprile 1995, Bonina, che, con riguardo alla declaratoria di illegittimità costituzionale del minimo edittale per il reato di oltraggio stabilita dalla sentenza n. 341 del 1994 della Corte costituzionale, ha individuato la pena minima facendo riferimento all'art. 23 c.p.

¹⁷ La direttiva 2014/57/UE impone agli Stati membri la “criminalizzazione” degli abusi di mercato gravi e, pur affermando che (considerando n. 22) ciò non comporta l'esonero per gli Stati membri dall'obbligo di contemplare sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014, consente di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale.

Inoltre, ricordando che il termine per il recepimento era fissato per il 3 luglio 2016, il considerando n. 23 della direttiva 2014/57/UE afferma che, mentre le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite penalmente, almeno nei casi gravi, le sanzioni per le violazioni del regolamento (UE) n. 596/2014 non richiedono che sia comprovato il dolo o che gli illeciti siano qualificati come gravi. Nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della direttiva, gli Stati membri devono garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violasse il principio del *ne bis in idem*.

Allo stesso modo, il considerando n. 72 del regolamento (UE) n. 596/2014 prevede che, se nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a stabilire regole in materia di sanzioni amministrative riguardanti violazioni del regolamento già soggette al diritto penale nazionale. Conformemente al diritto nazionale, in sostanza, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente.

Diritto amministrativo

L'ordine di demolizione delle opere abusive: questioni in tema di sequestro penale preventivo dell'opera e di tempestività del deposito della produzione documentale nel processo amministrativo telematico.

abstract

The demolition injunction of unauthorized works has to be made during the period of a precautionary penal seizure.

The deposit of documents, within the telematic administrative process, is timely if made within twenty-four o'clock.

keywords

Unauthorized works – precautionary penal seizure – demolition injunction – timely – telematic administrative process.

abstract

Ordinanza di demolizione delle opere abusive va eseguita anche in pendenza di un sequestro penale preventivo.

Il deposito dei documenti, nell'ambito del processo amministrativo telematico, è tempestivo se effettuato entro le ore 24.

parole chiave

Opere abusive – sequestro penale preventivo – ordinanza di demolizione – tempestività – processo amministrativo telematico.

Il presente *focus* dedicato all'ordine di demolizione delle opere abusive eseguite in assenza di titolo si articola in due distinte parti.

La prima ripercorre un filone giurisprudenziale, non sempre univoco, incentrato sulla possibilità di eseguire un ordine di demolizione delle opere abusive qualora vi sia già la pendenza di un sequestro penale preventivo.

La seconda parte ha ad oggetto la questione, anch'essa dibattuta in giurisprudenza, circa la tempestività del deposito della produzione documentale a seguito dell'entrata in vigore del processo amministrativo

telematico.

Le questioni traggono origine dalla recentissima sentenza del TAR Toscana, Sez. III, n. 7/2019, la quale ha definito un giudizio in merito all'acclarata abusività dell'opera eseguita, dal momento che la qualificazione della stessa, in seguito alle risultanze probatorie, è risultata differente rispetto a quella proposta dal ricorrente, riscontrando una inadeguatezza nella legittimità del titolo con conseguente applicazione delle sanzioni previste nel caso di specie.

In particolare, il ricorrente ha impugnato l'ordinanza di demolizione e rimessa in pristino delle opere abusive chiedendone l'annullamento trattandosi di opere già sottoposte a sequestro penale, nonché contestando la genericità della motivazione di tale provvedimento impugnato ed il relativo titolo edilizio recante la dicitura "realizzazione di una nuova strada". Inoltre, in via pregiudiziale ha eccepito la tardività dei documenti, tra l'altro richiesti dallo stesso Collegio per gli opportuni chiarimenti, presentati dal Comune oltre le ore 12 dell'ultimo giorno utile, ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

Il Collegio, all'esito del processo, rilevata l'inadeguatezza della legittimazione del titolo per la realizzazione dell'opera eseguita dal ricorrente e, dunque, l'abusività dell'opera stessa ha rigettato il ricorso ritenendo assorbite tutte le altre eccezioni.

Orbene, al fine di comprendere meglio i termini della questione, risulta utile chiarire il concetto di abuso edilizio, disciplinato dalle disposizioni del Testo unico dell'edilizia, D.P.R. n. 380/2001 e precisamente dagli artt. 31 a 44.

Tale abuso consiste nella difformità tra ciò che viene costruito e quanto è autorizzato.

A seconda della gravità di questa distinzione si rinvengono tre figure differenti: abuso totale, quando la costruzione avviene in assenza di qualsiasi titolo abilitativo; abuso sostanziale, quando il manufatto è completamente diverso per caratteristiche costruttive o destinazione d'uso rispetto a quanto oggetto di permesso e se vi sono variazioni essenziali; abuso minore, ossia interventi realizzati con modalità diverse da quelle previste e autorizzate, incidendo su elementi particolari e non essenziali.

In tal caso, dunque, qualora si tratti di interventi eseguiti in assenza del permesso a costruire, in totale

difformità o con qualche variazione, si provvede ai sensi dell'art. 31 del T.U. dell'edilizia, secondo cui nelle suddette circostanze il responsabile del procedimento ingiungerà al proprietario o al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione dell'opera eseguita.

Ciò trova conferma nell'orientamento del TAR Piemonte Torino, secondo cui: "Sono destinatari di un ordine di demolizione ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 gli interventi edilizi e le opere di ristrutturazione eseguiti in assenza del necessario permesso o in totale difformità da esso poiché non conformi alle prescrizioni degli strumenti urbanistico-edilizi".

Passando all'esame del caso specifico, oggetto del presente *focus*, il TAR Toscana, in linea con l'orientamento giurisprudenziale, ha ritenuto che si procedesse all'ordine di demolizione non solo in considerazione all'art. 31 cit., ma anche con riguardo al disposto dell'art. 196 l.r. Toscana, n. 65/2014, secondo cui: "Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso di costruire stesso, oppure l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile.

Il comune, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso di costruire, in totale difformità dal medesimo, oppure con le variazioni essenziali di cui all'articolo 197, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che è acquisita di diritto in caso di inottemperanza, ai sensi del comma 3 in analogia con la pronuncia del TAR Toscana Firenze che ritiene applicabile tale articolo, e quindi l'irrogazione di una misura ripristinatoria, in caso di opere realizzate in totale difformità dal titolo².

Il dato letterale in materia non pone dubbi.

Pertanto, la decisione assunta dal Collegio è conforme alla disciplina in materia, nonché al costante orientamento della giurisprudenza.

Fornita una breve disamina sul concetto di abuso edilizio, la prima parte della questione, oggetto del presente *focus*, riguarda la possibilità di eseguire un ordine di demolizione di opere abusive qualora esse siano già sottoposte a sequestro penale preventivo.

La medesima questione trae origine dalla predetta eccezione sollevata dal ricorrente nella pronuncia del TAR Toscana, circa l'impossibilità di provvedere all'ingiunzione di demolizione dell'opera eseguita, in quanto la stessa, essendo sottoposta a sequestro penale preventivo, risulta sottratta alla sua applicabilità.

Al riguardo, si registrano diverse interpretazioni

giurisprudenziali.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario afferma che l'ordine di demolizione di un immobile colpito da un sequestro penale sia affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21-*septies*, L. 241/90, e dunque sia inefficace per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, quale la possibilità giuridica dell'oggetto del comando. Inoltre, se il soggetto eseguisse l'ordinanza di demolizione commetterebbe il reato *ex art.* 334 c.p. (sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso del procedimento penale o dell'autorità amministrativa), configurandosi un insuperabile contrasto³.

L'indirizzo giurisprudenziale predominante, sia amministrativo che penale, ritiene invece irrilevante la pendenza di un sequestro penale, ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione, della sua eseguibilità e della validità dei provvedimenti sanzionatori, ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001.

Tale interpretazione appare ancora più convincente in virtù del recente orientamento del TAR Campania, secondo cui: "La sottoposizione di un manufatto abusivo a sequestro penale non costituisce impedimento assoluto ad ottemperare all'ordine di demolizione" (T. A. R. Campania - Napoli, Sez. III, 16/02/2018, n. 1049); in tal senso si esprime anche il Tar Sicilia: «L'esistenza di un sequestro penale su un manufatto abusivo, oggetto di ingiunzione comunale di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi, non determina la sospensione del termine di novanta giorni, il cui decorso comporta, in caso di inottemperanza, l'acquisizione gratuita di diritto al patrimonio del comune, non rientrando il sequestro tra gli impedimenti assoluti che non consentono di dare esecuzione all'ingiunzione, atteso il disposto dell'art. 85 disp. att. c.p.p.» (T. A. R. Sicilia - Catania, Sez. I, 24/01/2017, n. 173); «L'inottemperanza all'ordine di demolizione non può essere giustificata dalla circostanza che le opere abusive siano state oggetto di sequestro adottato dall'Autorità giudiziaria, in quanto nelle ipotesi suddette è sempre possibile richiedere all'Autorità medesima il dissequestro allo scopo di eseguire l'ordine stesso sfuggendo al rischio dell'acquisizione di diritto del bene e dell'area di sedime al patrimonio del Comune. Con la conseguenza che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile abusivo non preclude la possibilità per il Comune di acquisirlo al proprio patrimonio, laddove l'acquisto coattivo dell'Amministrazione, finalizzato alla demolizione d'ufficio dell'immobile, assume connotazione di illegittimità solo allorché il destinatario dell'ordine a demolire abbia richiesto al giudice la revoca del sequestro allo scopo di poter procedere alla demolizione e questa ragione sia stata negativamente valutata dall'autorità giudiziaria, e non anche quando abbia chiesto il solo riesame della valu-

¹ TAR Piemonte, Sez. II, sentenza n. 1177 del 30/10/2018.

² TAR Toscana Firenze, Sez. III, sent. 27.09.2017, n. 1116.

³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 maggio 2017, n. 2337.

tazione penale dell'evento edificatorio. Questa interpretazione risponde, infatti, alla logica di garantire il principio del buon andamento dell'attività amministrativa ed esclude il carattere impediente del sequestro giudiziario all'acquisizione al patrimonio dell'ente locale a fini demolitori qualora il giudice non abbia sindacato negativamente l'opportunità della demolizione col respingere la domanda di dissequestro a tal precipuo scopo formulata" (T. A. R. Sicilia - Catania, Sez. I, 20/09/2016, n. 2268)⁴.

Del resto, tale assunto riprende una pronuncia del Consiglio di Stato, la quale ritiene che la sottoposizione di un'opera abusiva a sequestro penale non è causa di impedimento, poiché è sempre possibile ottenere il dissequestro dell'immobile al fine di adempiere all'ingiunzione di demolizione⁵.

Orbene, quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, è avallato dalla pronuncia *de qua* del TAR Toscana, contribuendo, in tal modo, a rendere maggioritaria tale interpretazione.

La seconda parte del presente *focus* ha ad oggetto una breve disamina circa la questione inerente la tempestività del deposito dei documenti con l'introduzione, il 1° gennaio 2017, del processo amministrativo telematico.

Sul punto è intervenuto il legislatore che, con Decreto Legge n. 168/2016, ha disposto l'obbligatorietà del deposito telematico per i procedimenti incardinati dal 1° gennaio 2017, ovvero dalla data della sua entrata in vigore, mentre per quelli già pendenti precedentemente ha disposto la facoltà di provvedere con i depositi cartacei fino all'esaurimento del processo e comunque non oltre il 1° gennaio 2018.

Particolare attenzione viene posta alla tempestività dei termini per il deposito telematico di memorie e documenti nel processo amministrativo.

Al riguardo, appare utile richiamare il quadro normativo.

L'art. 7 del D.L. 31 agosto 2016 n. 168, ha apportato una modifica all'art. 4, comma 4, all. 2 del Codice del processo amministrativo ai sensi del comma 3 dello stesso art. 7, valida fin dall'inizio per i ricorsi depositati dal 1° gennaio 2017 e per tutti i ricorsi dal 1° gennaio 2018, ad eccezione delle controversie di cui all'art. 22 e agli artt. 39 e seguenti del Capo V della L. 3 agosto 2007 n. 124 il quale stabilisce che: «È assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24.00 dell'ultimo giorno consentito. Il deposito è tempestivo se entro le ore 24 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di accettazione, ove il deposito risulti, anche successivamente, andato a buon fine. Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti

in scadenza effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo⁶».

Orbene, tale disposizione si presta a diverse interpretazioni.

Ed invero, se da un lato consente il deposito con modalità telematica degli atti in scadenza fino alle ore 24:00 dell'ultimo giorno consentito, purché entro tale ora venga generata la ricevuta di avvenuta accettazione ed il deposito risulti andato a buon fine, dall'altro con riguardo all'ultimo periodo del disposto del suindicato articolo, pare che lo stesso vada a "depotenziare" i benefici derivanti dal funzionamento ininterrotto del processo telematico che non dovrebbe essere ancorato agli orari di apertura delle cancellerie, ponendosi in contrasto con il primo periodo della disposizione stessa.

Pertanto, diversi filoni giurisprudenziali si registrano sul punto.

Secondo l'orientamento più restrittivo, ma maggiormente seguito dalla giurisprudenza si afferma che: "La norma di cui all'art. 7 del D.L. n. 168/2016 va interpretata nel senso che il deposito con il processo amministrativo telematico è possibile fino alle ore 24.00, ma, se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dall'art. 73, comma 1 del D.Lgs. n. 104/2010, ove avvenga oltre le ore 12:00 è cioè oltre l'orario previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del processo amministrativo telematico, si considera effettuato il giorno successivo, ed è dunque tardivo⁷"; ancora: "Il termine ultimo di deposito alle ore 12:00 permane anche all'indomani dell'entrata in vigore del PAT, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del Collegio giudicante. Inoltre, i termini fissati dall'art. 73, comma 1, D.Lgs 104/2010 per il deposito di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, con la conseguenza che la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi *tamquam non esset*⁸".

Un diverso orientamento giurisprudenziale più permissivo, invece, prevede la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24,00 dell'ultimo giorno consentito e quindi fino allo spirare dell'ultimo giorno, coerentemente con quanto disposto dall'art. 4, comma 4 del c.p.a., così come modificato dal D.L. 168/2016.

Tale assunto è seguito dai Giudici del TAR di Trento, i quali hanno riconosciuto come tempestivo il deposito telematico con riguardo al giorno, non ri-

⁴ T.A.R. Campania Salerno Sez. II, Sent., (ud. 15/01/2019) 04-02-2019, n. 213.

⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 28/01/2016, n. 335.

⁶ Art. 4, comma 4 del c.p.a.

⁷ Consiglio di Stato, Sez. V., 02/08/2018, n. 4785.

⁸ TAR Veneto Venezia, Sez. I, 05/11/2018, n. 1024.

conoscendo rilevanza preclusiva all'ora del deposito, ritendendo che una diversa interpretazione mal si concilierebbe con la *ratio* stessa del sistema del deposito telematico degli atti che comporta il venir meno dei vincoli derivanti dagli orari di apertura delle cancellerie. Tale pronuncia, inoltre, afferma che la medesima interpretazione non contrasta con l'ultimo periodo del comma 4 del c.p.a., in quanto tale termine è posto a garanzia del diritto di difesa dei controinteressati, ovvero per contrastare gli atti depositati oltre le ore 12, i termini per controdedurre decorrono dal giorno successivo⁹.

L'argomentazione del TAR Toscana, oggetto del presente *focus*, abbraccia tale orientamento più restrittivo, ribadendo la tempestività del deposito degli atti in scadenza fino alle ore 24 dell'ultimo giorno, ai sensi del primo periodo dell'art. 4, comma 4, c.p.a., ed affermando che con l'introduzione del processo telematico manca: "la previsione di un obbligo di depositare entro le ore 12.00 in vista dell'udienza pubblica, in analogia a quanto sancito dal citato comma 2 dell'art. 4 per i depositi in vista della trattazione camerale già fissata", a differenza del termine previsto per le ore 12 nel processo cartaceo.

Pertanto, non registrandosi in giurisprudenza un orientamento costante, un'utile ed importante apporto deve ritenersi quello fornito da tale pronuncia, tra l'altro recentissima.

In conclusione si può guardare con favore alla posizione assunta dal TAR Toscana nella sentenza *de qua*, la quale alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali ha ritenuto tempestivo il deposito dei documenti amministrativi avvenuto nelle ore 24 riferendosi, quindi, al giorno e non più con riguardo alle ore (12.00), in coerenza con l'introduzione del processo telematico.

⁹ TAR Trento, Sez. Unica, sentenza n. 31 del 13 febbraio 2018.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LE PRINCIPALI NOVITÀ INTRODOTTE DALLA RIFORMA CD. <i>SPAZZA-CORROTTI</i>	342
di Silvia Forestieri	
LA LEGGE 9 GENNAIO 2019, N. 3. BREVE COMMENTO AD ALCUNE RILEVANTI INTRODUZIONI	349
di Alessandro Maria Solivetti	



Le principali novità introdotte dalla riforma cd. *Spazza-corrotti*

abstract

Law n. 13/2019, known as “Bribe-Destroyer”, introduces key innovations in terms of crimes against the public administration in order to prevent and combat this type of crimes. In this respect, one of the main innovations is represented by the repeal of the false pretences and by its incorporation in the circumstances referred to in Article 346-bis c.p.

keywords

Law no. 13, January 16, 2019 – False pretences – Influence peddling – Distinguishing features – The repeal of false pretences – The new wording of Article 346-bis c.p.

abstract

La Legge n. 13/2019, nota anche come “Spazza-corrotti”, introduce importanti modifiche in materia di delitti contro la pubblica amministrazione allo scopo di prevenire e contrastare tale tipologia di reati. Sotto tale profilo, una delle principali novità introdotte dalla riforma è rappresentata dall’abrogazione del reato di millantato credito e dalla sua sussunzione nella fattispecie, relativamente recente, di cui all’art. 346-bis c.p.

parole chiave

Legge n. 13 del 16 gennaio 2019 – Millantato credito – Traffico di influenze illecite – Tratti distintivi – Abrogazione del millantato credito – Nuova formulazione dell’art. 346-bis c.p.

sommario

1. Le principali novità introdotte dalla riforma *Spazza-corrotti* in un’ottica di equiparazione dei reati contro la p.a. ai delitti di criminalità organizzata e terroristica. – **2.** Il delitto di millantato credito prima della sua abrogazione. – **3.** L’introduzione del reato di traffico di influenze illecite ad opera della legge n. 190 del 2012. – **4.** Principali tratti distintivi tra il millantato credito e il traffico di influenze illecite e profili di diritto intertemporale. – **5.** L’assorbimento del reato di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite e la nuova formulazione della norma ad opera della riforma.

1. Le principali novità introdotte dalla riforma cd. *Spazza-corrotti* in un’ottica di equiparazione

dei reati contro la p.a. ai delitti di criminalità organizzata e terroristica

Il disegno di legge recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», divenuto noto anche come “*Spazza-corrotti*”, è stato approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati il 18 dicembre 2018 con 304 voti a favore e 106 contrari. La riforma, voluta e presentata al Parlamento dal Ministro della Giustizia on. Alfonso Bonafede, si prefigge uno scopo ben preciso ed ambizioso: contrastare in maniera efficace, anche in ossequio ad istanze di matrice sovranazionale, il fenomeno criminoso rappresentato dai delitti commessi, in particolare da pubblici funzionari, ai danni della Pubblica Amministrazione. La riforma in commento opera, infatti, una scelta di politica criminale ben precisa, ossia quella di assimilare – di fatto – i reati contro la P.A. ai delitti di criminalità mafiosa o terroristica ricalcando, sotto il profilo dei mezzi investigativi impiegati nel contrasto ai reati in questione e del trattamento sanzionatorio complessivo, quelle forme di contrasto e di prevenzione-rieducazione che sono state sin ora concepite e riservate, quasi in via esclusiva, ai più gravi reati di criminalità organizzata.

I segni di un’equiparazione, tanto marcata quanto – forse – inadeguata, con i delitti di stampo mafioso emergono, innanzitutto, in relazione ai mezzi che l’ordinamento ha previsto di dispiegare nel contrasto del fenomeno criminoso dei reati contro la P.A. nella fase di accertamento del reato.

Viene, innanzitutto, prevista l’introduzione di un’inedita causa di non punibilità all’art. 323-ter c.p. in favore di chi, avendo commesso uno dei fatti di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, 353, 353-bis o 354 c.p., denunci volontariamente il fatto e fornisca indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili, a determinate condizioni.

I primi requisiti sono di natura temporale, dovendo la cooperazione intervenire prima che l’interessato abbia notizia che nei suoi confronti siano svolte indagini in relazione alle medesime vicende, e comunque entro quattro mesi dalla commissione del fatto. Inoltre, l’esclusione della punibilità è subordinata alla

messa a disposizione dell'utilità percepita dal soggetto, o, in caso di impossibilità di quest'ultima, di una somma di valore equivalente, oppure, ancora, alla fornitura di elementi utili e concreti per l'individuazione del beneficiario effettivo dell'utilità conseguita.

Detta nuova causa di non punibilità, che – per certi versi – ricorda la figura del c.d. pentito nei reati di criminalità organizzata di stampo mafioso, è da considerare come uno strumento di accertamento del reato, in quanto affida il disvelamento e la repressione del patto corruttivo alla delazione del correo, il quale, stimolato dall'allettante prospettiva di beneficiare di una totale esenzione da pena, potrà decidere di autodenunciarsi, denunciando al contempo gli altri concorrenti nel reato ed, eventualmente, anche gli autori di altri reati collegati al proprio.

Infine, si esclude l'operatività della nuova causa di non punibilità, al fine di evitarne un utilizzo strumentale, quando la denuncia sia preordinata rispetto alla commissione del fatto, nonché in favore dell'agente sotto copertura che abbia operato in violazione dell'art. 9 legge 16 marzo 2006, n. 146.

Tale ultima figura, ossia quella dell'agente sotto copertura, costituisce oggetto di un'altra importante novità introdotta dalla riforma, che, nel prevedere la modifica dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146 (contenente il quadro normativo di riferimento delle tecniche investigative speciali riconducibili alla tipologia generale delle operazioni coperte), estende la disciplina delle operazioni sotto copertura al contrasto di alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione.

La novella in commento non modifica la sfera soggettiva di operatività tracciata dall'art. 9, la quale, dunque, continua ad applicarsi agli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze. Continua, inoltre, ad essere presupposto necessario che tali soggetti agiscano nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova.

Oggetto di modifica è, invece, in primo luogo, il catalogo dei reati in relazione ai quali sono possibili le operazioni sotto copertura, rientrandovi, ad esito della riforma, quelli di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353-bis c.p.

In secondo luogo, oltre al descritto ampliamento del catalogo dei delitti per cui è consentito il ricorso alle speciali tecniche investigative, la novella estende la gamma delle condotte scriminate già contemplate dalla vigente disposizione di legge. In particolare, non è considerata punibile la condotta che consista nell'acquisto, ricezione, sostituzione o occultamento anche di 'altra utilità' oltre che di denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope. Le medesime at-

tività sono consentite in relazione a beni o cose che possono ora consistere anche nel 'prezzo' e non più solo nell'oggetto, prodotto, profitto, o mezzo per commettere il reato. Rientrano adesso fra le condotte scriminate anche la corresponsione di denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri e la promessa o la dazione di denaro o altra utilità che siano richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio o siano sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o per remunerare lo stesso.

Posto che l'agente infiltrato non potrà mettere alle prova la capacità del pubblico agente di resistere innanzi ad un'offerta corruttiva poiché egli può solo inserirsi in dinamiche illecite già instaurate da altri, e posto che il fenomeno criminoso della corruzione o della concussione non appare caratterizzato dalla creazione di un sistema sociale destinato a protrarsi nel tempo, ma – al più – come una pluralità di singoli episodi avvinti sotto il vincolo della c.d. continuazione criminosa, è difficile immaginare che un elemento esterno quale è l'agente sotto copertura abbia tempo e modo di conquistarsi la fiducia di almeno uno dei soggetti della diade criminale corruttore-corrotto in modo da agire efficacemente al fine di apportare alle investigazioni elementi rilevanti e con una maggiore efficacia rispetto a altri mezzi di ricerca della prova, quali – ad esempio – le intercettazioni telefoniche ovvero quelle ambientali.

Proprio le modifiche apportate in tema di intercettazioni costituiscono un ulteriore indizio di quell'equiparazione, almeno dal punto di vista investigativo, tra delitti contro la P.A. e delitti di criminalità organizzata o terroristica che la riforma intende perseguire.

Come è noto, a seguito delle disposizioni introdotte con la legge n. 103 del 2017, e con il d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, l'impiego del captatore informatico, per l'esecuzione di intercettazioni di comunicazioni tra presenti, è ammesso, ai sensi dell'art. 266 c.p.p., nei medesimi limiti individuati, per le intercettazioni, dall'articolo da ultimo citato. La riforma interviene equiparando, con riguardo ai limiti di impiego del c.d. *trojan*, i delitti contro la P.A. per cui sia stabilita la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni a quelli di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., estendendo, quindi, la possibilità di fare uso del captatore, anche nei luoghi di privata dimora, in relazione a fattispecie diverse da quelle di criminalità organizzata.

Altra modifica particolarmente significativa, riguardante i caratteri del decreto che autorizza le captazioni da eseguirsi mediante captatore informatico, consiste nell'equiparazione dei delitti contro la P.A. sopra indicati ai delitti di criminalità organizzata e di terrorismo sul piano dell'esclusione della necessità che nel provvedimento il giudice indichi i luoghi ed il tempo, anche

indirettamente determinati, in cui si realizzerà l'attivazione del microfono, ponendosi, così, il rischio di una compressione ingiustificata di uno dei beni primari dell'individuo, ossia la propria privacy intradomiciliare.

2. Il delitto di millantato credito prima della sua abrogazione

Un'importante modifica, apportata sotto il profilo della conformazione astratta dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, è quella contenuta nelle lettere *s)* e *t)* dell'art. 1, comma primo, del DDL Bonafede, le quali, rispettivamente abrogano il delitto di c.d. millantato credito e riformulano la disposizione di cui all'art. 346-*bis* c.p.

Il delitto di millantato credito, presente nel codice penale fin dalla sua originaria stesura nel capo dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione (art. 346 c.p.), incriminava due diverse azioni: quella di chi, 'millantando' credito (e cioè vantando un'influenza) presso un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, si faceva dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della mediazione e quella di chi si faceva dare o promettere denaro o altra utilità con il pretesto di dover comprare il favore di un pubblico agente o di doverlo remunerare. Più precisamente, per quanto concerne la prima fattispecie di reato, di cui al primo comma dell'art. 346 c.p. ormai abrogato, la condotta consisteva in una vanteria, ossia nell'ostentazione della capacità di influire sulla volontà del pubblico ufficiale finalizzata esclusivamente ad ottenere una prestazione – o la sua promessa – in proprio favore. Nella diversa fattispecie di cui al secondo comma, invece, il millantatore prospettava al privato che il denaro richiestogli fosse funzionale all'acquisto del favore del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio; tuttavia, il reo doveva agire con l'intenzione di ricevere la prestazione e di tenerla per sé.

In conclusione, la differenza tra le fattispecie di reato di cui ai commi I e II dell'art. 346 c.p. stava nella diversa prospettiva che il millantatore faceva al privato in ordine alla destinazione dell'utilità ricevuta: nel delitto di cui al primo comma l'utilità ricevuta veniva prospettata come corrispettivo per la propria mediazione verso il pubblico ufficiale, nel delitto di cui al secondo comma come prezzo della corruzione. In entrambe le ipotesi, la 'vanteria' dell'agente (la c.d. *venditio fumi*) era fondata, però, su una rappresentazione non veritiera della possibilità di influenzare le decisioni del pubblico ufficiale.

In ordine all'individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma, si erano contrapposti due indirizzi ermeneutici. La dottrina e la giurisprudenza più recenti e poi prevalenti propendevano per la natura mono-offensiva del delitto in questione, ritenendo che solo l'interesse pubblico fosse tutelato dalla previsione penale. L'oggettività giuridica sarebbe stata rappresentata, infatti, esclusivamente dal prestigio della Pubbli-

ca Amministrazione che il millantatore andava a ledere ogni qual volta faceva apparire il pubblico ufficiale, o l'incaricato di pubblico servizio, come persona avvicabile, disposta a far prevalere l'interesse del singolo su quello pubblico in cambio di un proprio tornaconto personale. La posizione minoritaria costruiva, invece, il millantato credito come reato pluri-offensivo, in quanto il bene giuridico tutelato non sarebbe stato rappresentato unicamente dal prestigio della P.A., ma altresì dal patrimonio del privato che, ingannato dal millantatore, effettuava un atto dispositivo conseguente un comportamento, in ogni caso, fraudolento.

3 .L'introduzione del reato di traffico di influenze illecite ad opera della legge n. 190 del 2012

Con la legge n. 190 del 2012, intitolata "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*", meglio nota come 'legge anticorruzione', vennero apportate varie modifiche alle disposizioni allora vigenti nonché introdotte nuove fattispecie di reato, tra le quali il delitto di traffico di influenze illecite, di cui all'art. 346-*bis* c.p. Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 1 della legge citata, in ossequio a quanto disposto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003, cosiddetta 'Convenzione di Merida', ratificata con la legge 3 agosto 2009, n.116 e soprattutto alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (Convenzione di Strasburgo), ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110, che esortavano a prevedere la punizione di condotte meramente propedeutiche alla corruzione, richiamando l'Italia alla necessità di prevedere una copertura sanzionatoria del c.d. *trading in influence*.

Mancava, in effetti, una norma che conferisse rilevanza penale anche – ed esclusivamente – a quei casi in cui il privato, vantando conoscenze in seno alla P.A., le sfruttasse per favorire un terzo e ricevesse da questi, per ciò solo, un compenso. È evidente che un intervento penale era necessario per tutelare il buon andamento ed il corretto esercizio dell'azione amministrativa, minata allo stesso modo sia nel caso in cui l'atto illegittimo sia frutto di un *pactum sceleris* diretto tra il privato ed il pubblico ufficiale, sia allorquando la distorsione sia conseguenza di una pressione su quest'ultimo da parte di un terzo. La nuova figura di reato andava a colmare uno dei possibili segmenti della condotta antecedente alla corruzione, di modo che risultassero punibili non solo la conclusione dell'accordo illecito, ma anche tutte quelle condotte preliminari che potevano inserirsi nel più ampio fenomeno del mercimonio delle pubbliche funzioni. Il traffico di influenze illecite, infatti, andava a sanzionare le condotte che – potendo assumere nella pratica una molteplicità di possibili forme di manifestazione – si connotavano per fornire al privato il collegamento con il pubblico agente desti-

natario della successiva proposta corruttiva.

In verità, l'opportunità di un intervento normativo in materia non poteva essere ulteriormente elusa, anche a prescindere dalle sollecitazioni internazionali, imponendosi da tempo l'esigenza di arginare quella prassi giurisprudenziale volta ad estendere eccessivamente l'ambito di applicazione del millantato credito al di là dei limiti imposti dalla lettera della legge.

Le difficoltà nell'individuazione degli esatti confini della condotta incriminata dall'art. 346 c.p. si legavano alla nozione stessa di 'millanteria' che, nel suo oscillare tra i concetti di falsità, esagerazione e veridicità, lasciava permanere forti note di ambiguità rispetto allo spazio che dovesse avere, nella fattispecie in esame, l'elemento dell'inganno. Se, infatti, da un punto di vista strettamente letterale non sembrava potersi dubitare che il termine millantare – che significa 'vantare esageratamente, anche proprietà o qualità che non si possiedono' – esprimesse necessariamente l'idea dell'inganno e dell'imbroglio, con la conseguenza di proiettare l'interlocutore nel ruolo di vittima del reato, non erano mancate concezioni notevolmente più late del millantato credito che avevano considerato del tutto ininfluyente – ai fini dell'integrazione della fattispecie – la circostanza che la vanteria fosse o meno infondata, ritenendo configurabile il reato anche qualora le relazioni millantate esistessero effettivamente e fosse provata la loro efficacia presso il pubblico ufficiale. Una millanteria così intesa portava, però, necessariamente ad espungere gli interessi del privato dal novero di quelli tutelati, con l'ovvia conseguenza di rendere difficilmente giustificabile la sua non punibilità.

L'esigenza di colmare un simile vuoto normativo era alla base, quindi, dell'introduzione del nuovo art. 346-*bis* c.p., che incentrava il nucleo della condotta incriminata sullo sfruttamento di relazioni *esistenti* con il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, ponendosi, dunque, in rapporto di alternatività con la fattispecie di millantato credito, in cui le relazioni dovevano essere falsamente rappresentate. Era del tutto irrilevante la durata e l'intensità della relazione con il pubblico agente, essendo sufficiente che esse fossero tali da influenzare, in concreto, l'azione di quest'ultimo. Nel momento in cui si perfezionava il patto tra committente e mediatore il delitto di traffico di influenze illecite poteva dirsi consumato, essendo irrilevante l'esercizio effettivo dell'influenza illecita da parte del mediatore o il comportamento del pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio).

La fattispecie contemplava due modalità alternative di realizzazione, a seconda che il danaro dato o promesso costituisse il 'prezzo della mediazione' ovvero una 'remunerazione' destinata al pubblico ufficiale per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o per l'omissione o il ritardo di un atto di ufficio. Nell'economia della norma assumeva, dunque, centralità l'atto amministrativo come obiettivo finale

dell'accordo criminoso. La formulazione faceva sì che la dazione o la promessa fossero in funzione di uno specifico atto da emanare o ritardare, con esclusione, quindi, di uno scopo più generico. La riscontrata centralità attribuita all'atto amministrativo oggetto dell'accordo si collocava, almeno nell'intento legislativo, nell'ambito di quegli indicatori di tipicità che furono introdotti al fine di superare possibili dubbi sulla determinatezza della formulazione della fattispecie nonché, a fronte dell'eccessiva discrezionalità giudiziaria, a scongiurare il rischio di incriminazioni non lesive di beni giuridici penalmente rilevanti e, talvolta, persino sprovviste di connotati di illiceità.

Il traffico di influenze illecite era costruito come un reato comune in quanto poteva essere commesso dal *quisque de populo*, non occorrendo, a fini punitivi, che l'agente rivestisse ruoli qualificati. Solo nel caso in cui il mediatore assumesse la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio il comma terzo della norma incriminatrice contemplava un aggravamento di pena. La condotta veniva punita con reclusione da 1 a 3 anni e la stessa pena si applicava, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 346-*bis* c.p., al privato, cioè a colui che indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. Infine, rispettivamente in forza del comma quarto e quinto, le pene previste erano aumentate se i fatti venivano commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie, mentre erano diminuite se i fatti potevano considerarsi di particolari tenuità.

L'ambito di applicazione della fattispecie era delimitato da una clausola di riserva posta nell'*incipit* della norma, con cui il legislatore aveva inteso risolvere il rapporto tra il traffico di influenze illecite ed il reato di corruzione: il reato in commento si consumava fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319-*ter* c.p. in quanto la condotta dei due soggetti attivi del traffico di influenze illecite stava prima e fuori del patto corruttivo ed aveva una rilevanza autonoma rispetto ad esso; se i soggetti avessero poi concorso nel successivo *pactum sceleris* con il pubblico agente, il loro accordo sarebbe divenuto un antifatto non punibile autonomamente. L'eventualità del concorso con i reati di cui agli artt. 319 e 319-*ter* c.p., tra l'altro, poteva porsi solo con riferimento alla seconda modalità di realizzazione della fattispecie presa in considerazione dalla norma, giacché, nella mediazione c.d. onerosa, era previsto che il mediatore tenesse unicamente per sé il prezzo della propria mediazione illecita presso il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio.

4. Principali tratti distintivi tra il millantato credito e il traffico di influenze illecite e profili di diritto intertemporale

È opportuno, prima di procedere all'esame della modifica apportata dalla riforma, soffermarsi brevemente sulle principali differenze che sussistevano tra

i due delitti ora riuniti in un'unica fattispecie, considerando, in particolare, gli orientamenti emersi nella giurisprudenza di legittimità.

La stessa collocazione topografica della fattispecie del traffico di influenze illecite, subito dopo la norma incriminatrice del millantato credito, rendeva evidente la contiguità delle due figure e poneva la necessità di cogliere la linea di confine tra esse.

La prima differenza strutturale tra i due reati risiedeva nella natura dei rapporti tra l'intermediario ed il pubblico agente: mentre nel millantato credito questi dovevano essere vantati, tanto che la Pubblica Amministrazione rappresentava la persona offesa dalla *venditio fumi*, il traffico di influenze illecite postulava, invece, una situazione fattuale nella quale la relazione fosse esistente, al pari di una qualche capacità di condizionare o, comunque, di orientare la condotta del pubblico ufficiale (Sez. 6, n. 53332 del 27/09/2017, Rv. 271730). È possibile dire che, mentre la norma dell'art. 346 c.p. mirava a tutelare il prestigio della P.A., quella dell'art. 346-bis c.p. tendeva a preservarne l'imparzialità ed il buon andamento, mirando a schermare il pubblico ufficiale, prima ancora che questi potesse subire le pressioni di persone influenti.

Il secondo tratto distintivo era rappresentato dal fatto che nel delitto di cui all'art. 346-bis c.p. acquisiva rilevanza penale anche la condotta del privato che intendesse avvantaggiarsi dell'intermediazione illecita, a differenza di quanto avveniva nel millantato credito, dove invece vi era una componente ingannatoria ai danni del privato, che, infatti, poteva avanzare pretese risarcitorie nei confronti del millantatore. Nel delitto di cui all'art. 346-bis c.p., invece, il privato veniva punito per aver stipulato il *pactum sceleris* finalizzato alla corruzione del pubblico ufficiale attraverso lo sfruttamento delle relazioni intercorrenti tra quest'ultimo ed il mediatore, di cui il privato doveva, ovviamente, avere conoscenza.

Va detto, però, che se da un punto di vista generale, non sembrava esservi alcun ostacolo ad ammettere una tutela penale del c.d. compratore di fumo, considerando che il nostro ordinamento, per esempio in tema di truffa, conferisce tutela anche a rapporti illeciti o immorali, è pur vero che le indicazioni desumibili dagli obblighi internazionali non distinguevano affatto le posizioni degli aderenti al *pactum*, a seconda del carattere mendace o reale della possibilità d'influenza sul pubblico ufficiale. Inoltre, la natura della relazione tra il mediatore ed il pubblico agente non sembrava di per sé criterio sempre idoneo a differenziare in maniera netta il ruolo che assumeva, nella struttura del fatto incriminato, il contraente che andava ad acquistare la mediazione. Se è vero, infatti, che nell'ipotesi del millantato credito la sua non punibilità fondava le radici nell'inganno realizzato a suo danno dal mediatore, ben avrebbe potuto verificarsi che, pur in presenza di relazioni esistenti con il pubblico agente il mediatore

tradisse l'impegno preso e, una volta incassato il corrispettivo, non svolgesse affatto il suo compito: anche in questo caso, quindi, il compratore della mediazione sarebbe stata vittima di un inganno e nonostante ciò sottoposto a pena.

Delle differenze tra i due delitti in commento si è occupata anche la giurisprudenza di legittimità, con alcune importanti pronunce che hanno cercato di definire, con chiarezza, i tratti distintivi tra le due fattispecie.

Possiamo ricordare la sentenza n. 53332 del 27 settembre 2017 che si era occupata del procedimento penale intrapreso nei confronti di un maresciallo dei Carabinieri il quale, dopo aver raccolto una querela, si faceva dare dal querelante una somma di denaro millantando di dover acquistare il favore del sostituto Procuratore, asserendo che, in caso contrario, il procedimento penale sarebbe rimasto fermo ed il querelante non avrebbe potuto ottenere la restituzione delle vetture in sequestro. La condotta dell'imputato in primo grado veniva sussunta nella fattispecie di cui all'art. 346-bis c.p.; la Corte d'appello la riqualicava in termini di millantato credito ritenendola così punibile ai sensi dell'art. 346 c.p. La Suprema Corte ha, poi, sussunto il caso concreto nella fattispecie di cui all'art. 346-bis c.p., atteso che sussistevano tanto una relazione tra l'imputato ed il pubblico ufficiale quanto un potere di influenza del primo nei confronti del secondo ed era stata proprio la volontà di sfruttare tali elementi ad aver rappresentato la ragione giustificatrice della dazione ad opera del privato.

Un'altra importante pronuncia che affronta il tema della differenza tra il reato di traffico di influenze illecite e la più grave ipotesi di millantato credito è una sentenza della Sesta sezione della Suprema Corte (n. 51688 del 2014, Rv. 267622), che, tra l'altro, ha risolto anche la questione relativa alla successione di leggi nel tempo, ai sensi dell'art. 2, quarto comma, c.p.

Il caso riguardava un parlamentare, componente della Commissione Bilancio e Finanze della Camera dei deputati e consulente giuridico del Ministro dell'Economia, detenuto in custodia cautelare per il delitto di cui all'art. 319 c.p. per aver accettato una somma di denaro al fine di esercitare pressioni sui funzionari del Ministero dell'Economia e del C.I.P.E. in vista della delibera di un finanziamento pubblico per la realizzazione di una determinata opera pubblica. La Cassazione escludeva che il fatto potesse rientrare nella fattispecie di cui all'art. 319 c.p., riqualicandolo nel delitto di cui all'art. 346 bis atteso che il denaro versato non era servito a retribuire il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, ma a compensare la mediazione svolta dall'indagato verso i funzionari ministeriali sui quali vantava capacità di influenza. Il Collegio aveva, poi, affrontato il problema della sussunzione del fatto sotto l'art. 346 c.p. ovvero nell'ambito della nuova fattispecie di cui all'art. 346-bis c.p.,

giungendo ad affermare il principio di diritto secondo cui “le condotte di colui che, vantando un’influenza effettiva verso il pubblico ufficiale, si fa dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione o col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale, condotte fino a quel momento qualificate come reato di millantato credito, dovevano, dopo l’entrata in vigore della legge n. 190/2012, in forza del rapporto di continuità tra norma generale e norma speciale, rifluire sotto la previsione dell’art. 346-*bis* c.p., che punisce il fatto con pena più mite”. Invero, mentre l’art. 346, primo comma, c.p., stabiliva la pena della reclusione da 1 a 5 anni, l’art. 346-*bis* c.p. comminava la reclusione da 1 a 3 anni, ossia una pena il cui massimo edittale, nel caso di affermazione della responsabilità penale, comportava l’irrogazione di una sanzione meno severa e, quanto agli effetti sulla disciplina cautelare, precludeva l’applicazione di qualsivoglia misura coercitiva. Si era avuto, così, il risultato paradossale che una riforma presentata all’insegna del rafforzamento della repressione dei reati contro la pubblica amministrazione aveva prodotto, almeno sotto questo profilo, l’esito contrario. Secondo un altro orientamento, invece, l’art. 346-*bis* c.p. rappresentava una nuova incriminazione, con la conseguenza della sua inapplicabilità ai fatti commessi prima della sua introduzione (Sez. 6, n. 23355 del 2016, Rv. 267060), lasciando in tal modo un dubbio interpretativo in ordine al principio di continuità normativa tra le fattispecie affermato dalla citata sentenza del 2014.

5. L’assorbimento del reato di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite e la nuova formulazione della norma ad opera della riforma

Con il provvedimento legislativo noto come “*Spazza-corrotti*” viene abrogato l’art. 346 c.p., la cui fattispecie viene ora assorbita in quella di traffico di influenze illecite, che viene sensibilmente modificata. In tal modo, l’Italia si allinea definitivamente alle prescrizioni internazionali che considerano in modo unitario il comportamento di chi si propone di esercitare un’influenza sulle decisioni di un pubblico agente, senza in alcun modo distinguere fra rapporti sottostanti esistenti o meramente vantati con il funzionario pubblico.

Viene, innanzitutto, estesa la portata della clausola di riserva anche ai delitti di corruzione per l’esercizio delle funzioni ed alla corruzione c.d. internazionale. Pertanto, si specifica che al mediatore non si applica la fattispecie di cui all’art. 346-*bis* c.p., bensì le ipotesi più gravi di concorso nel reato corruttivo, non solo in relazione ai delitti di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319 c.p.) e di corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.), ma anche se la mediazione va a buon fine in relazione ai delitti di corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e corruzione di funzionari esteri (art. 322-*bis* c.p.).

Come conseguenza della traslazione della fattispecie del millantato credito in quella del traffico di influenze illecite, il nuovo primo comma dell’art. 346-*bis* c.p. prevede che il reato *de quo* possa dirsi ora integrato non soltanto dal materiale sfruttamento di una relazione concretamente esistente tra il soggetto che si propone come intermediario ed il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, ma anche dalla mera vanteria di una qualche influenza su taluno dei soggetti qualificati *ex artt.* 357 e 358 c.p. I fatti sussumibili, quindi, fino all’entrata in vigore della novella, sotto l’art. 346 c.p. non perdono rilevanza penale, potendo essere ora sussunti nella nuova fattispecie di cui all’art. 346-*bis* c.p., che fa ora espresso riferimento anche alla vanteria di relazioni soltanto asserite. L’effetto di questa traslazione è rappresentato dal fatto che ora, a differenza dell’originaria ipotesi di millantato credito, viene prevista la punibilità del privato che si fa convincere dal millantatore a dare o promettere l’utilità indebita. La riforma dell’art. 346-*bis* comporta, pertanto, una nuova incriminazione rispetto a chi dà o promette il denaro o altra utilità a fronte di una relazione vantata e asserita, ma inesistente.

Un ulteriore elemento di novità è rappresentato dal fatto che il delitto si consuma oggi con la dazione o la promessa di denaro o di altra utilità, laddove nella versione originaria della fattispecie si prevedeva la dazione o la promessa di denaro o di altro vantaggio patrimoniale; il tornaconto che caratterizza l’agire del soggetto che si propone di fare da tramite tra il privato ed il pubblico ufficiale perde, dunque, l’originaria connotazione di tipo strettamente economico.

Il denaro o l’altra utilità sono oggi, nel reato base, il prezzo della mediazione illecita verso il pubblico ufficiale, l’incaricato di pubblico servizio o uno dei soggetti di cui all’art. 322-*bis* c.p. ovvero la remunerazione per l’esercizio, da parte di uno di questi, delle sue funzioni o dei poteri. E’ possibile osservare come, nella versione dell’art. 346-*bis* c.p. antecedente alla riforma, ove il denaro o l’allora vantaggio patrimoniale fosse corrisposto o promesso come remunerazione del soggetto pubblico, la dazione o la promessa era relazionata esclusivamente al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto dell’ufficio. Alla luce di ciò, è evidente chela riforma ha portato ad un’ulteriore e rilevante estensione della punibilità rispetto alle possibili finalità della mediazione. Infatti, ove il denaro sia dato o promesso per remunerare il soggetto pubblico, non è più essenziale che tale remunerazione sia relazionata al compimento, da parte di questi, di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio. Questa ipotesi costituisce oggi una fattispecie aggravata, ai sensi dell’art. 346-*bis*, quarto comma, c.p., congiuntamente al caso, già previsto dalla L. n. 190/2012, in cui “*i fatti sono commessi in relazione all’esercizio di attività giudiziarie*”.

Le modifiche fino ad ora illustrate hanno suscitato alcune perplessità, atteso che il fatto di aver allargato le maglie del traffico di influenze illecite potenzialmente a tutte le ipotesi prodromiche rispetto anche alla corruzione di tipo improprio unitamente alla circostanza che lo scopo perseguito dal soggetto intermediario non necessariamente dovrà avere natura patrimoniale, ben potendo consistere in un'utilità di tipo prettamente morale o psicologico, potrebbe invero dare adito ad interpretazioni protese a ricomprendere nell'alveo applicativo della fattispecie *de qua* condotte che, di per sé, non sembrano poter sortire effetti distorsivi rispetto all'azione od alla formazione della volontà della P.A.

Posto che l'azione dello sfruttare un qualunque tipo di relazione venutasi a creare tra il soggetto che assume il ruolo di intermediario ed uno o più pubblici agenti si presta ad essere estesa sino a ricomprendere qualunque tipo di legame sussistente tra funzionario della P.A. e soggetto agente, solo considerando adeguatamente il richiamo che viene fatto dalla disposizione in parola al carattere intrinsecamente illecito che deve possedere la condotta di mediazione appare possibile operare una valida selezione tra situazioni in cui l'attività di intermediazione tra privato e Pubblica Amministrazione non sembra idonea ad esporre a pericolo l'imparzialità e/o il buon andamento della P.A. e situazioni in cui, invece, detto pericolo sussiste obiettivamente.

Un ultimo riferimento deve essere fatto alle modifiche introdotte in relazione al trattamento sanzionatorio, risultando la nuova disciplina più severa rispetto a quella introdotta nel 2012. Il reato base, infatti, prima punito con la reclusione da 1 a 3 anni, è oggi punito con la pena detentiva che va da un minimo di 1 anno ad un massimo di 4 anni e 6 mesi. Ciò nonostante, rispetto all'ormai abrogato millantato credito, la disciplina della pena è più favorevole al reo e, pertanto, sarà applicabile retroattivamente *ex art. 2, comma quarto, c.p.*

La nuova disciplina ha destato alcune perplessità: in particolare non è apparsa razionale la scelta di punire in modo identico, sia colui che paga in quanto ingannato da una vanteria, sia colui che fa nella certezza ad esempio, di poter fare affidamento su rapporti esistenti, perché pubblici e notori, fra il mediatore ed il pubblico ufficiale, trattandosi di azioni oggettivamente diverse sul piano del disvalore soggettivo. Il trattamento sanzionatorio di cui all'art. 346-*bis* c.p. non consente, inoltre, l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere né l'utilizzo dello strumento delle intercettazioni, destinando, in tal modo, la norma ad una funzione diversa e minore rispetto a quella auspicata dalla riforma.

Alessandro Maria Solivetti

Tirocinante presso la Suprema Corte di Cassazione

La Legge 9 gennaio 2019, n. 3. Breve commento ad alcune rilevanti introduzioni

abstract

The Law n. 3, January 9, 2019, amends the Italian anti-corruption system, the laws about the prescription deadline and the rules on the transparency of political financing. This crucial reform, intensely sponsored by the Government and renamed “bribe-destroyer”, aims to end corruption and maladministration in Italy and it is part of a sector that has been reformed numerous times in recent years. This legislative Reform deals with extremely heterogeneous and complex areas of the national criminal legal order and there are already prominent legal and case-law issues arising from its application.

keywords

Anti-corruption, Law no. 3, January 9, 2019, prescription deadline, prison system, precautionary measures, telephone tapping, trojan.

abstract

La Legge 9 gennaio 2019, n. 3, interviene nel complesso settore delle misure di prevenzione e contrasto alla corruzione, nonché in quelli della prescrizione, della trasparenza e del finanziamento ai partiti politici. Tale riforma, fortemente pubblicizzata dal legislatore e non a caso ribattezzata “Spazzacorrotti”, vuole porre fine ad un fenomeno così radicato nel nostro paese e si innesta in un settore oggetto di numerose e complesse riforme negli ultimi anni. La novella in esame affronta molteplici ed eterogenee tematiche e già in questi primi mesi sono sorte tematiche dottrinali e applicative, che in parte saranno di seguito illustrate.

parole chiave

Lotta alla corruzione, Legge 9 gennaio 2019, n. 3, prescrizione, ordinamento penitenziario, misure cautelari, intercettazioni telefoniche, captatore informatico.

sommario

Introduzione. – **1.** Modifiche sulla sospensione condizionale della pena e sulla riparazione pecuniaria. – **2.** Modifiche sulle disposizioni in materia di custodia di beni sequestrati. – **3.** Modifiche al codice civile sulla corruzione tra privati e l’istigazione alla corruzione tra privati. – **4.** Introduzione dell’agente sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione. – **5.** Modifiche in materia di intercettazioni e captatore informatico. – **6.** Modifiche alla responsabilità amministrativa degli enti.

Introduzione

Il 16 gennaio 2019 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Legge 9 gennaio 2019, n. 3, avente ad oggetto “Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”, comunemente nota come “Legge spazzacorrotti”.

Tale importante novella legislativa interviene in un ampio ed eterogeneo spettro di settori dell’ordinamento italiano, che passa dal tema della corruzione a quello del traffico di influenze illecite, al finanziamento ai partiti, alla responsabilità degli enti, alla prescrizione... Invero, il legislatore ha enfatizzato due rilevanti temi investiti da tale riforma: quello della prescrizione dei reati e quello della lotta alla corruzione, sottolineando come tale Legge dovrebbe togliere ogni scampo di impunità ai corrotti.

In particolare, le misure introdotte sul piano della prevenzione e della repressione della corruzione si innestano in uno dei settori maggiormente riformati negli ultimi anni dal legislatore. Invero, in soli sette anni si sono succedute ben 4 importanti novelle¹: la Legge 190 del 2012 (cd. Legge Severino), la Legge 69 del 2015 (cd. Riforma Renzi-Orlando), il d.lgs. 38 del 2017 (sulla corruzione tra privati) e la Legge 3 del 2019. Un così rilevante

¹ CANTONE R., *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2017.

numero di interventi normativi certamente dimostra l'attenzione del legislatore per un settore di estrema rilevanza, anche alla luce delle ripercussioni economiche, sociali e politiche del fenomeno corruttivo². Nondimeno, genera sovrapposizioni normative e ostacola la sedimentazione e la reale applicazione delle norme, nonché una difficoltà anche interpretativa della *voluntas legis*. Ciononostante, il tema del contrasto alla corruzione, una “*lotta senza quartieri*” per usare una espressione cara all'attuale Ministro Guardasigilli, è oggi una problematica sentita nella collettività dei consociati e mantiene sempre alta la percezione del fenomeno e della sua gravità. Proprio a tal riguardo, l'indice di percezione della corruzione del 2018 elaborato dalla ONG *Transparency International* mostra come il nostro paese sia sceso al 58° posto della classifica mondiale e come recuperi ogni anno posizioni rispetto gli altri paesi europei, mantenendo sempre alta l'attenzione su siffatte tematiche.

La prima fondamentale riforma nel settore del contrasto alla corruzione è stata, come accennato, la Legge 190/2012³, la cui elaborazione è stata dettata dalla necessità di ratificare numerose convenzioni internazionali anticorruzione e dar seguito alle raccomandazioni del *GRECO* (*Groupe d'Etats contre la Corruption*, organo di controllo in materia del Consiglio d'Europa). In particolare, già dal lontano 1997, con le Convenzioni dell'UE, e con la convenzione UNCAC di Merida del 2003, l'Italia aveva assunto numerosi impegni di riforma dell'anticorruzione e pertanto, la Legge Severino nacque come una legislazione quasi emergenziale per far fronte a pressioni internazionali e sovranazionali. Tali spinte riformatrici derivavano, a loro volta, da pressioni degli USA di adeguamento delle legislazioni occidentali alla avanzata normativa americana in materia. Ed invero, il *foreign corruption practices act* del 1977, non solo rappresentava la *best practice* internazionale in materia, ma altresì, per il principio di extraterritorialità, si applica alle imprese di qualsiasi paese che operano negli USA e a tutte le imprese nordamericane anche quando operano all'estero e, pertanto, per evitare aggiramenti e lacune normative, ma soprattutto un divario tra gli operatori commerciali, un adeguamento normativo era richiesto non solo dagli USA, ma anche dalle organizzazioni internazionali: ONU, OSCE e UE in testa. La Legge 190 nacque pertanto come radicale innovazione in materia non solo di contrasto penale, ma soprattutto di prevenzione della corruzione e rappresentò quindi una legge di sistema, di organizzazione di tutto il complesso impianto di contrasto alla corruzione, di creazione di strumenti preventivi e di implementazione di quelli repressivi (con la totale riscrittura della fattispecie dei millantato credito e di traffico di influenze illecite, entrambe finalizzate alla commissione di un futuro atto contrario del pubblico agente).

La riforma del 2015, di contro, presentava una *ratio* non di intervento sistematico, ma di regolazione puntuale di singole fattispecie penali e di fissare nuovi equilibri sanzionatori, ampliando le cornici edittali di pena e irrobustendo la risposta repressiva. Ed invero, ad esempio, la corruzione c.d. propria passò da un minimo di pena detentiva di due anni ad un minimo di 6 anni di reclusione. Tuttavia, furono introdotte figure di attenuazione della pena nel caso di restituzione del “prezzo” della tangente nonché forme di collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Nel 2017, poi, fu integralmente riformata la corruzione e l'istigazione alla corruzione tra privati, di cui agli articoli 2635 e 2635-*bis* c.c., le cui discipline furono assimilate, quasi integralmente, a quelle nel settore pubblico e sono state toccate da ultimo anche dalla riforma in oggetto.

La riforma del 2019, approvata in tempi estremamente celeri e con impatti su tantissimi aspetti dell'ordinamento penale, riprende alcuni passaggi della riforma del 2015. Altresì ascolta molte istanze della dottrina - ma in modo slegato e non comprende che tali proposte fossero inserite in specifici contesti o progetti di riforma (es. attenuante per la collaborazione che era legata all'eliminazione della concussione) - ed ha come tema principale la risposta sanzionatoria che diventa estremamente rilevante, facendo passare il messaggio “terra bruciata ai corrotti”, aumentando sia le pene principali, che quelle accessoria sia per le persone fisiche che per gli enti⁴. Non vi sono modifiche di sistema, ma la volontà di punire più gravemente e più agevolmente la corruzione. Proprio a tal fine la modifica della prescrizione fa passare il messaggio che una volta intervenuta una sentenza di primo grado di condanna non vi sia possibilità di scampo per i corrotti.

Altresì la riforma Spazzacorrotti interviene anche sulle norme dell'ordinamento penitenziario ed in particolare sugli articoli 4-*bis* e 47. Tale seconda norma disciplina la messa alla prova ai servizi sociali e la Legge in esame esclude che l'estinzione a seguito dell'esito della messa in prova ai servizi sociali possa rivestire anche efficacia per le pene accessorie.

² PARISI N., *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in *www.federalismi.it*, 22 dicembre 2017; CANTONE R., *L'attività anticorruzione: tra prevenzione e repressione*, in *Riv. Guardia fin.*, 2014, n. 6, pp. 1649 ss.; SEVERINO P., *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Archivio Penale*, 2016, n. 3, pp. 635 ss.

³ Per una dettagliata analisi di tale importante novella si vedano: SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. Pen. E processo*, 2013, n. 1, pp. 7 ss.; MERLONI F., *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, in *Astrid rassegna*, 2013, n. 18, pp. 447 ss.; MATTARELLA B. G., PELLISSERO M., *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della stessa*, Torino, 2013; MACRILLÒ A., *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione alla luce della legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, Padova, 2012; IELO P., *La legge n. 190 del 2012 e il contrasto alla corruzione*, in *Questione giust.*, 2013, fasc. 1, pp. 115 ss.

⁴ PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, n. 3, pp. 235 ss.

Tuttavia, è in riferimento all'articolo 4-*bis* o.p. che vi sono già state le prime problematiche applicative. Invero, tale norma prevedeva per reati gravi quali la criminalità organizzata una subordinazione dei benefici penitenziari (permessi premio, assegnazione lavoro all'esterno e misure alternative alla detenzione) alla collaborazione con la giustizia che è disciplinata dalla medesima legge art. 58-*ter* e consiste nella realizzazione di condotte che impediscano ulteriori effetti dannosi delle condotte di reato e in attività che consentano una identificazione degli autori del reato. Alla lista dei reati per cui si applica tale subordinazione sono stati aggiunti dalla novella *de qua* i reati di corruzione, peculato, concussione in generale i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione, con la specificazione che la collaborazione con la giustizia non è, in siffatta materia, solo quella del 58-*ter*, ma anche del 323-*bis* c.p. che permette una riduzione della pena da un terzo a due terzi.

A fronte di una tale novella, il legislatore non ha previsto una disciplina transitoria ed invero vi sono già state due ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale per dubbi di legittimità con la carta costituzionale. Invero, il Tribunale di Napoli, Sezione del Giudice per le Indagini Preliminari, 2 aprile 2019, Giudice dott. Saverio Vertucci e la Corte di Appello di Lecce, Sez. Unica Penale, 4 aprile 2019, Presidente Scardia, Relatore Errico, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale del citato articolo 4-*bis* o.p. per contrasto con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost.

Ed invero, i giudici remittenti, affermando la natura processuale delle norme dell'ordinamento penitenziario, con relativa inapplicabilità delle norme che stabiliscono la successione nel tempo delle leggi penali, hanno considerato di sollevare questione di legittimità costituzionale della Legge Spazzacorrotti nella parte in cui, ampliando il catalogo dei reati ostativi ed inserendovi includendovi i reati contro la Pubblica Amministrazione, *“ha mancato di prevedere un regime intertemporale, con conseguente applicabilità immediata della nuova disciplina ai fatti commessi prima della entrata in vigore della legge”* e ciò in palese contrasto con l'interpretazione della Corte EDU in materia di istituti con effetti modificativi delle modalità di esecuzione delle pene. Così facendo *“la assenza di previsione di un regime intertemporale pone un serio profilo di incostituzionalità”*, mettendo *“sullo stesso piano, sotto il profilo della esecuzione della pena, chi ha commesso il reato potendo contare su un impianto normativo che gli avrebbe consentito di non scontare in carcere una pena, eventualmente residua, inferiore a 4 anni e chi ha commesso o commette il fatto dopo l'entrata in vigore della legge”*.

Le ordinanze rimessive altresì richiamano la sentenza della Corte Suprema di cassazione n. 12451 del 2019 che afferma come *“non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo la quale l'aver il legislatore cambiato in itinere le “carte in tavola” senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce nei confronti del ricorrente nel passaggio – “a sorpresa” e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata “senza assaggio di pena” ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto degli artt. 656, comma 9 lett. a), cod. proc. pen. e 4-*bis* ord. penit.”*.

Ciononostante, per contrastare quindi il grave fenomeno corruttivo, la Legge 3/2019 interviene, come detto, in differenti settori dell'ordinamento penale e in questa sede se ne tratteranno alcuni di rilevante interesse applicativo e teorico.

1. Modifiche sulla sospensione condizionale della pena e sulla riparazione pecuniaria

Una prima modifica introdotta dalla Legge Spazzacorrotti afferisce al tema degli obblighi riparatori cui può essere subordinata la sospensione condizionale della pena di cui all'articolo 163 c.p. Invero, l'articolo 1, comma 1, lettera g della riforma in esame, estende alcuni obblighi dell'articolo 164 c.p. anche al caso di corruzione attiva di cui all'articolo 321 c.p.

La materia degli obblighi del condannato cui il giudice può o deve subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena si esplica in un potere, discrezionale o vincolato (come nel caso in cui il condannato abbia già beneficiato di tale sospensione), del giudice di condizionare la concessione di tale beneficio ad alcuni obblighi restitutori quali la restituzione del *quantum* indebitamente conseguito, il risarcimento del danno cagionato o l'eliminazione delle conseguenze pericolose o dannose dell'illecito penale realizzato. Solo dopo aver adempiuto a tale obbligo, entro un termine fissato dal giudice nella sentenza, il condannato potrà ottenere il beneficio della sospensione della pena, avendo offerto una attività gratuita in favore dei consociati, per un lasso di tempo al massimo pari a quello della durata della pena sospesa. La subordinazione di tali obblighi alla concessione del beneficio in esame è, d'altro canto, sempre necessaria nel caso dei reati contro la P.A. commessi da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio e la concessione del beneficio di cui all'articolo 163 c.p. è comunque subordinata al versamento di una somma pari all'ingiusto profitto conseguito o all'importo indebitamente percepito.

Tale materia è invero stata oggetto già di riforma da parte della citata Legge 69/2015 che ha previsto come,

nei casi di alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione⁵, tale beneficio avrebbe dovuto essere condizionalmente sospeso fino al versamento, come riparazione in favore della pubblica amministrazione lesa, di una somma di denaro pari al profitto del reato o di quanto percepito indebitamente dal p.u. o incaricato di pubblico servizio. Tale previsione, come anticipato, è stata toccata dalla riforma in oggetto che ha difatti esteso tale obbligo anche al caso del reato di corruzione attiva di cui all'articolo 321 c.p.

La prestazione riparatoria pecuniaria cui è tenuto il condannato è disciplinata dall'articolo 322-*quater* c.p., ugualmente introdotto dalla riforma Renzi-Orlando e da ultimo riformato dalla L. 3/2019, all'articolo 1, comma 1, lett. q). Ed invero, l'importo che deve essere versato a titolo di riparazione in favore della p.a. danneggiata è oggi pari al prezzo o al profitto del reato e non più il *quantum* indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio.

Il prezzo del reato è oggi pacificamente identificabile con l'utilità o il denaro promesso ad un soggetto per la realizzazione di un reato e quindi il corrispettivo dato o promesso, rappresentando, pertanto, un fattore indicente unicamente sui motivi che hanno condotto un soggetto a commettere un reato. Di contro, il profitto del reato si conforma nei benefici anche non patrimoniali derivanti dalla commissione del reato. Purtuttavia, ad nozione restrittiva di vantaggio esclusivamente patrimoniale-economico direttamente e immediatamente derivante dall'illecito penale; si contrappone una nozione estensiva dello stesso che ricomprende anche i frutti del riutilizzo del beneficio diretto del reato⁶.

La riforma Spazzacorrotti interviene quindi sull'articolo 165 c.p. da un lato prevedendo che la somma da versare all'amministrazione lesa a titolo di riparazione sia determinata, come detto, ai sensi dell'articolo 322-*quater* c.p., dall'altro estendendo, coerentemente, anche al caso della corruzione attiva tale misura obbligatoria. Non vi è tuttavia chi⁷ non ha sottolineato come l'obbligo riparatorio citato, esteso anche ai soggetti attivi del rapporto corruttivo ed in quanto misura doverosa, possa rivestire le sembianze di una vera e propria sanzione, ingenerando complessità di coordinamento con l'istituto della confisca di cui all'articolo 240 c.p.

⁵ In particolare: peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione propria, impropria, in atti giudiziari, dell'incaricato di pubblico servizio o commessa da membri della Corte Penale Internazionale o funzionari UE o di stati esteri.

⁶ Copiosa è la giurisprudenza di legittimità in materia di profitto del reato ed in particolare sul tema si possono sottolineare la pronuncia delle Sezioni Unite, 25 ottobre 2008, n. 10280 e la recente sentenza della prima sezione penale, 13 aprile 2018, n. 1653, che ha affermato come il profitto rappresenti il lucro e quindi dal vantaggio economico che si ottiene per effetto della commissione del reato.

⁷ GATTA G. L., *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2018; UBIALI M. C., *Presentato alla camera il nuovo disegno di legge in materia di corruzione (c.d. 'spazza corrotti')*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 ottobre 2018.

Testo previgente	Testo riformato
<p>Art. 165.</p> <p>Obblighi del condannato.</p> <p>La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna.</p> <p>La sospensione condizionale della pena, quando è concessa a persona che ne ha già usufruito, deve essere subordinata all'adempimento di uno degli obblighi previsti nel comma precedente.</p> <p>La disposizione del secondo comma non si applica qualora la sospensione condizionale della pena sia stata concessa ai sensi del quarto comma dell'articolo 163.</p> <p>Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno.</p> <p>Il giudice nella sentenza stabilisce il termine entro il quale gli obblighi devono essere adempiuti.</p>	<p>Art. 165.</p> <p>Obblighi del condannato.</p> <p>La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna.</p> <p>La sospensione condizionale della pena, quando è concessa a persona che ne ha già usufruito, deve essere subordinata all'adempimento di uno degli obblighi previsti nel comma precedente.</p> <p>La disposizione del secondo comma non si applica qualora la sospensione condizionale della pena sia stata concessa ai sensi del quarto comma dell'articolo 163.</p> <p>Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento della somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 322-quater, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno.</p> <p>Il giudice nella sentenza stabilisce il termine entro il quale gli obblighi devono essere adempiuti.</p>

Testo previgente	Testo riformato
<p>Art. 322-quater</p> <p>Riparazione pecuniaria</p> <p>Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.</p>	<p>Art. 322-quater</p> <p>Riparazione pecuniaria</p> <p>Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis, è sempre ordinato il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.</p>

La Legge n. 3 del 2019 è intervenuta altresì sul versante degli effetti della sospensione condizionale della pena di cui agli articoli 163 c.p. s.s. Invero, con l'obiettivo dell'intera novella di ampliare la rilevanza e l'utilizzo delle pene accessorie specialmente in funzione di prevenzione dei reati, il legislatore ha voluto aggravare e dare maggiore effettività alle sanzioni accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione. A tal fine, la riforma interviene non solo sui presupposti applicativi di tali misure,

ma anche sulla loro entità e sugli effetti della sospensione condizionale della pena per effetto della riabilitazione e dell'accesso ai benefici prescritti dall'ordinamento penitenziario.

Difatti, la riforma in esame, aggiungendo un paragrafo al primo comma dell'articolo 166 c.p., prevede che, diversamente dalla normalità dei casi, il giudice, anche con riguardo alle pene accessorie, in relazione ad alcune fattispecie di reati contro la pubblica amministrazione⁸ possa escludere che la citata causa estintiva della pena operi rispetto tali pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione.

Una tale eccezione automatismo della sospensione della pena sia principale che accessoria, così come inserito nel nostro ordinamento dalla Legge 7 febbraio 1990, n. 19, trova la sua *ratio*, espressa già nella relazione di accompagnamento dal d.d.l., nella volontà di dare maggiore rilevanza special-preventiva a queste ultime e uno spazio di autonomia, a seguito di una scelta discrezionale dell'organo giudicante⁹.

Testo previgente	Testo riformato
<p>Art. 166</p> <p>Effetti della sospensione</p> <p>La sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie.</p> <p>La condanna a pena condizionalmente sospesa non può costituire in alcun caso, di per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione, né d'impedimento all'accesso a posti di lavoro pubblici o privati tranne i casi specificamente previsti dalla legge, né per il diniego di concessioni, di licenze o di autorizzazioni necessarie per svolgere attività lavorativa.</p>	<p>Art. 166</p> <p>Effetti della sospensione</p> <p>La sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie.</p> <p>La condanna a pena condizionalmente sospesa non può costituire in alcun caso, di per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione, né d'impedimento all'accesso a posti di lavoro pubblici o privati tranne i casi specificamente previsti dalla legge, né per il diniego di concessioni, di licenze o di autorizzazioni necessarie per svolgere attività lavorativa.</p> <p>Nondimeno, nel caso di condanna per i delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis, il giudice può disporre che la sospensione non estenda i suoi effetti alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.</p>

2. Modifiche sulle disposizioni in materia di custodia di beni sequestrati

La riforma in esame tocca anche il tema della custodia giudiziale dei beni sequestrati ed invero, l'articolo 1, co. 1, lettera p) introduce nel codice penale il nuovo articolo 322-ter.1. Tale norma prevede che i beni, diversi da denaro o dalle disponibilità finanziarie, oggetto di sequestro nei procedimenti penali afferenti ai delitti citati nell'articolo 322-ter¹⁰ possano essere dati in custodia dall'autorità giudiziaria agli organi della polizia giudiziaria, previa richiesta della stessa per proprie esigenze operative.

Una tale previsione estende un istituto già conosciuto in altri settori dell'ordinamento penale, ed in particolare quelli del traffico di stupefacenti e della criminalità organizzata, e non appaiono particolari tematiche applicative anche nel settore dell'anticorruzione, se non quelle generabili dalla genericità della norma che non specifica il tipo di sequestro (ai fini di confisca, a titolo impeditivo ovvero dello strumento del reato).

⁸ In particolare: peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione propria, impropria, semplice, aggravata, in atti giudiziari, commessa da incaricato di pubblico servizio o da membri della Corte Penale Internazionale o da funzionari UE o di stati esteri.

⁹ UBIALI M. C., *Presentato alla camera il nuovo disegno di legge in materia di corruzione (c.d. 'spazza corrotti')*, op. cit.

¹⁰ Peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui, malversazione a danno dello stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, induzione indebita a dare o promettere utilità, concussione, corruzione propria, impropria semplice, aggravata, in atti giudiziari, commessa da persona incaricata di pubblico servizio.

Art. 322-ter.1**Custodia giudiziale dei beni sequestrati**

I beni sequestrati nell'ambito dei procedimenti penali relativi ai delitti indicati all'articolo 322-ter, diversi dal denaro e dalle disponibilità finanziarie, possono essere affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale agli organi della polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per le proprie esigenze operative

3. Modifiche al codice civile sulla corruzione tra privati e l'istigazione alla corruzione tra privati

Il settore della corruzione tra privati e della istigazione alla corruzione tra privati è stato, come detto, radicalmente trasformato dal d. lgs. 15.03.2017, n. 38 che ha previsto una disciplina in larga parte assimilabile a quella delle omologhe fattispecie nel settore pubbliche. A completamento di tale progetto di congiungimento tra le due discipline il legislatore, con la riforma in oggetto, ha provveduto a prevedere la procedibilità di ufficio anche per le due fattispecie del settore privatistico. Proprio a tal riguardo, l'articolo 1, comma 1, lettere a) e b) della L. 3/19 elimina rispettivamente i commi 4 e 3 dagli articoli 2635 c.c. e 2635-bis c.c. che prevedevano la procedibilità a querela della persona offesa.

Tale novella, permette di uniformare sempre più la corruzione privata a quella pubblicistica e dimostra come il legislatore non sia rimasto sordo alle indicazioni della comunità internazionale. Invero, nell'Addendum al Secondo Rapporto di Conformità sull'Italia del giugno 2018 del GRECO si sottolineava, quanto alla corruzione tra privati, che come *“l'ammissibilità dell'azione penale fosse possibile solamente su querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”* e che tale previsione non fosse *compliance* con la Convenzione Penale sulla Corruzione, firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

Anche autorevole dottrina¹¹ ha evidenziato come nel settore del contrasto e della prevenzione alla corruzione sia fondamentale un approccio multidisciplinare e internazionale che sappia fronteggiare in più settori tutti gli effetti negativi di tale fenomeno e contrastarlo quindi in tutte le sue mutevoli estrinsecazioni, senza lasciare spazi di impunità o lacune normative. Pertanto non solo un coordinamento alle *best practice* internazionali appare fondamentale in tale importante settore, ma altresì un coordinamento preventivo e repressivo e una uniformità delle risposte sanzionatorie dei singoli ordinamenti sono indispensabili.

La previsione di una procedibilità d'ufficio per i reati di corruzione tra privati e istigazione alla corruzione tra privati non può che essere quindi vista di buon grado.

Tuttavia, tale processo di uniformazione della disciplina privatistica a quelle pubblicistica è stato certamente lungo. Ed invero, la fattispecie di corruzione tra privati è stata introdotta dal risalente d. lgs. 61/2002 ed è stata modificata dal citato d. lgs. 38/17 che ha altresì introdotto l'altra fattispecie di istigazione alla corruzione tra privati.

La prima fattispecie, di cui all'articolo 2635 c.c., sanziona pertanto sia gli amministratori, i direttori generali ed in generale i soggetti apicali di amministrazione o controllo di una società privata, sia i loro sottoposti che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono indebitamente, per sé stessi o altri, una utilità non dovuta ovvero ne accettano la promessa per compiere o omettere atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o gli obblighi di fedeltà alla società in cui operano.

La fattispecie dell'istigazione, di contro, sanziona, dal lato attivo, chiunque offra o prometta utilità non dovute ai vertici societari con ruoli di amministrazione o controllo ovvero a soggetti con funzioni direttive in una società privata, affinché realizzino o omettano un atto in violazione degli obblighi afferenti al loro ufficio ovvero quelli di fedeltà. Sul versante passivo, al secondo comma, punisce tali soggetti quando sollecitano per sé stessi o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di utilità, per realizzare ovvero omettere atti violativi dei citati obblighi di ufficio o di fedeltà, quanto tale sollecitazione non è accettata.

Come detto, la riforma Spazzacorrotti elimina in entrambe tali fattispecie la procedibilità a querela della persona offesa, intesa come la società o ente privato in cui operano tali soggetti, e tale facoltà di presentare querela è evidentemente attribuibile all'assemblea sociale (nel caso di offese interne all'ente stesso) ovvero agli amministratori (nell'opposto caso di pericoli provenienti dall'esterno). Tale eliminazione della procedibilità a querela, e quindi l'assimilazione alla disciplina pubblicistica, non ha altresì lo scopo di far aderire il nostro ordinamento alle richieste sovranazionali e alle migliori prassi anticorruzione internazionali, ma ha altresì evidentemente l'obiettivo di far emergere il fenomeno corruttivo nel settore privatistico e di far aumentare l'applicazione di tali due fattispecie che fino ad oggi hanno subito una sostanziale disapplicazione.

Quanto alla possibilità di una applicazione retroattiva di tali fattispecie a ipotesi di corruzione o di istigazione verificatesi prima dell'entrata in vigore della riforma *de qua* e per le quali non è stata presentata una querela,

¹¹ PARISI N., *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in *www.federalismi.it*, op. cit.

apparirebbe preferibile una risposta negativa. Ed invero, nel lungo e complessi dibattito circa la natura sostanziale o processuale dell'istituto della querela, la Corte Suprema di cassazione¹² ha più volte affermato la natura mista processuale-sostanziale di tale istituto che rappresenta la condizione di procedibilità e di punibilità di alcune fattispecie e pertanto una riforma in materia deve sottostare al dettame dell'articolo 2 c.p.

Testo previgente	Testo riformato
<p>Articolo 2635 c.c.</p> <p>Corruzione tra privati</p> <p>Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.</p> <p>Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.</p> <p>Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.</p> <p>Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.</p> <p>Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.</p> <p>Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte.</p>	<p>Articolo 2635 c.c.</p> <p>Corruzione tra privati</p> <p>Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.</p> <p>Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.</p> <p>Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.</p> <p>Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.</p> <p>Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte.</p>

¹² *Ex pluris*: Cass., sez. V, sentenza 8 giugno 2015, n. 44390 e Cass., sez. 2, sentenza 24 settembre 2008, n. 40399.

Testo previgente	Testo riformato
<p>Articolo 2635 bis c.c.</p> <p>Istigazione alla corruzione tra privati</p> <p>Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo.</p> <p>La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata.</p> <p>Si procede a querela della persona offesa.</p>	<p>Articolo 2635 bis c.c.</p> <p>Istigazione alla corruzione tra privati</p> <p>Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo.</p> <p>La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata.</p>

4. Introduzione dell'agente sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione

Una innovazione di particolare rilievo contenuta nella Legge in analisi e fortemente pubblicizzata dal legislatore è rappresentata dall'estensione della disciplina delle operazioni sotto copertura anche al settore della lotta alla corruzione e in generale ai reati contro la pubblica amministrazione. La riforma Spazzacorrotti altresì incide sulle condotte considerate non punibili se compiute dall'agente sotto copertura. In particolare diventa non penalmente rilevante la condotta di sostituzione, vendita, acquisto di armi e non è sequestrabile il denaro oggetto dello scambio corruttivo.

A tali scopi l'articolo 1, comma 8, della Legge 3/19 interviene sull'articolo 9 comma 1, lettera a) della Legge 16 marzo 2006, n. 146, di Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001, che presenta la disciplina delle tecniche investigative speciali afferenti le c.d. operazioni coperte. Invero, tale fonte prevede come sia esclusa la punibilità per gli ufficiali della polizia giudiziaria che, all'esclusivo fide di acquisire elementi probatori in relazione a specifici reati, abbiano posto in essere condotte, indicati dalla medesima norma, che realizzerebbero altrimenti dei reati. L'agente sotto copertura è quindi colui che ai fini di una indagine preliminare, con specifici obblighi di comunicazione all'autorità giudiziaria di cui al comma 4 dell'articolo 9 della L. 146/06, partecipa all'altrui attività delittuosa con l'obiettivo di farla naufragare o di assicurarne gli autori alla giustizia, ovvero di osservare e controllare l'altrui attività illecita, senza poter darne esecuzione.

Tale materia è stata oggetto di numerose riforme speciali che in puntuali e differenti ambiti hanno previsto specifiche condizioni di non punibilità per tali agenti sotto copertura¹³; tuttavia è solo con la citata Legge 146/2006 che si è avuta una disciplina generale per tutte tali ipotesi di operazioni, applicabile ad una ampia eterogenea gamma di fattispecie delittuose. Altresì vi sono stati posti puntuali limiti a tali condotte e alla discrezionalità dell'ufficiale della polizia giudiziaria (comprensiva dell'Arma dei Carabinieri, della Polizia di Stato e del Corpo della Guardia di finanza, sia nelle loro strutture specializzate che nella Direzione Investigativa Antimafia), posto che la sua attività deve essere relazionata a "specifiche operazioni di polizia" e vincolata al "solo fine

¹³ L'art. 97 DPR 309/90 in materia di stupefacenti; art. 7 L. 82/91 in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione; art. 12-*quater* L. 356/92 in materia di riciclaggio o delitti concernenti armi, munizioni ed esplosivi; art. 12, comma 3-*septies*, del D. Lgs. 286/98 in materia di ipotesi aggravate di favoreggiamento e immigrazione clandestina; art. 14 L. 269/98 in materia di prostituzione e pornografia minorile; art. 4 L. 438/01 in materia di delitti commessi per finalità di terrorismo; art. 10 L. 228/03 in materia di tratta delle persone.

L'art. 9 L. 146/06 è stato modificato poi dall'art. 8 L. 136/2010, che ne ha ampliato l'applicabilità anche al settore del traffico illecito dei rifiuti e alle ipotesi non aggravate del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

di acquisire elementi di prova”. Purtuttavia, l’obiettivo della Legge 146/06 di uniformare eterogenee discipline, a volte incoerenti, non è stato pienamente raggiunto posto che svariati e spesso del tutto non confrontabili sono i reati presupposto citati dall’articolo 9 comma 1, lettera a) e che ugualmente appaiono eterogenee le condotte scriminate¹⁴.

La riforma *de qua* interviene pertanto su tale disciplina, modificando da un lato il novero dei reati per cui tali operazioni sono consentite, dall’altro ampliando i casi di condotte non penalmente rilevanti. Invero, la novella del 2019 le citate tecniche investigative sono ora utilizzabili anche in differenti ipotesi di reati contro la pubblica amministrazione¹⁵, con l’evidente obiettivo di scoprire dall’interno i patti corruttori e farli emergere.

In secondo luogo, è ampliato il novero delle condotte scriminate e quindi non penalmente rilevanti. Ed invero, non è oggi più sanzionabile il comportamento del soggetto che acquista, riceve, sostituisce o occulta non solo il denaro, le armi, i documenti, le sostanze stupefacenti o psicotrope, ma anche un’altra utilità derivante dalla commissione di un reato. Una siffatta condotta è altresì oggi non punibile in relazione ai beni o alle cose che possono anche rappresentare il prezzo di un reato e non solo l’oggetto, il prodotto, il profitto o il mezzo di commissione del medesimo. Ad esempio è oggi consentita l’attività dell’agente sotto copertura che corrisponde denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo corrutorio da altri soggetti già stipulato.

Tuttavia la possibilità di impunità per l’ufficiale della polizia giudiziaria che promette o da denaro ad un pubblico ufficiale per remunerarlo per una prestazione, ovvero compie attività ad esse prodromiche e strumentali, rischia di essere facilmente interpretata come una impunità non solo per l’agente sotto copertura, ma anche, come evidenziato durante il dibattito parlamentare di approvazione della novella in esame, del c.d. agente provocatore¹⁶. Ed invero, proprio il passaggio della irrilevanza penale delle “attività prodromiche e strumentali” compiute dall’agente sotto copertura potrebbe autorizzare *de facto* tale soggetto a compiere azioni prima del fatto corruttivo e quindi visibilmente orientate a creare le migliori condizioni possibile perché esso si realizzi.

Per evitare un simile rischio è la stessa relazione di accompagnamento al d.d.l., nonché le parole del Ministro Guardasigilli, che hanno cercato di sottolineare come la novella in esame non voglia estendere la garanzia dell’impunità anche all’agente provocatore, pur non essendo in realtà il testo normativo del tutto chiaro sul punto, ma anzi facilmente eludibile. Ed invero è la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ad aver sottolineato più volte (*ex pluris*, sentenza Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*) come, nel caso in cui un reato non sarebbe stato commesso senza il determinato contributo degli agenti pubblici, che hanno quindi indotto una persona a commettere un reato, vi sia una evidente violazione del diritto all’equo processo. Ed invero in tale caso la Corte ritenne che vi fosse stata una violazione dell’articolo 6 CEDU posto che in tale ipotesi non vi erano evidenti prove a dimostrazione di una predisposizione alla commissione del reato, antecedentemente alla condotta dell’ufficiale della polizia giudiziaria. Pertanto, la condotta delittuosa non vi sarebbe stata senza il determinato apporto degli agenti infiltrati sotto copertura. L’infiltrato non può quindi determinare in altri a commettere un reato quando essi non ne avevano in precedenza già pienamente assunto una piena consapevole volontà¹⁷.

Anche la giurisprudenza della Corte Suprema di cassazione appare essere del medesimo avviso ed invero afferma due limiti volti ad evidenziare le distinzioni tra l’attività scriminata dell’infiltrato sotto copertura e quella penalmente rilevante del provocatore. Ed invero non è penalmente rilevante la sola condotta attiva puntualmente dichiarate tali dalla norma in esame e quelle strettamente strumentali ad esse e tale attività non può conformarsi in una induzione alla commissione di una fattispecie delittuosa da parte di terzi soggetti¹⁸. Altresì sempre per la Corte Suprema di cassazione non costituisce una violazione dell’articolo 6 della Carta la condotta dell’agente sotto copertura che unicamente renda palese una intenzione criminosa già pienamente formata, fornendo al soggetto unicamente l’occasione per l’estrinsecazione di questa¹⁹.

¹⁴ IELO P., *L’agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 marzo 2019.

¹⁵ Concussione, peculato internazionale (curiosamente e probabilmente per mera svista del legislatore non è stato inserita la fattispecie ordinaria di peculati di cui all’articolo 314 c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente, corruzione propria, impropria, aggravata, in atti giudiziari, di persona incaricata di pubblico servizio, di membri della Corte Penale Internazionale e degli organi UE o di stati esteri, attiva, istigazione alle corruzione.

¹⁶ FRAGRASSO B., *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte edu, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 marzo 2019.

¹⁷ Sentenze Corte EDU, 2002, *Calabrò c. Italia*; 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lithuania*; 23 ottobre 2014, *Furcht c. Germania*; 28 giugno 2018, *Tchokhonelidze c. Georgia*.

¹⁸ Cassazione, sezione III, sentenza 9 maggio 2013, n. 37805; sezione III, sentenza 7 febbraio 2014, n. 20238; sezione III, sentenza 15 gennaio 2016, n. 31415.

¹⁹ Cassazione, sezione III, sentenza 3 luglio 2008, n. 2763.

Testo previgente	Testo Riformato
<p>Legge 16 marzo 2006, n. 146</p> <p>Art. 9. Operazioni sotto copertura</p> <p>1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili:</p> <p>a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali;</p> <p>(...)</p>	<p>Legge 16 marzo 2006, n. 146</p> <p>Art. 9. Operazioni sotto copertura</p> <p>1. Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili:</p> <p>a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali;</p> <p>(...)</p>

5. Modifiche in materia di intercettazioni e captatore informatico

La novella in esame si occupa altresì delle intercettazioni telefoniche e del captatore informatico. Invero l'articolo 1, comma 4, lettere a) e b) intervengono gli articoli 266 e 267 c.p.p. che disciplinano rispettivamente i limiti di ammissibilità e i presupposti e le forme del provvedimento dispositivo delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche o in altre forme di telecomunicazione. Il precedente comma 3 del primo articolo della Legge 3/19 preoccupa invece di abrogare il secondo comma dell'articolo 6 del d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 che dispone semplificazioni alle condizioni di utilizzo delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la p.a.

Lo strumento del captatore informatico, il c.d. *trojan*, permette le intercettazioni delle conversazioni tramite l'inserimento nei dispositivi elettronici, specialmente mobili, di un vero e proprio *virus* informatico che trasforma l'apparecchio di fatto in una ricetrasmittente ai comandi del soggetto che lo ha innestato. Ad esempio un captatore può essere installato semplicemente facendo aprire un allegato *e-mail* su un dispositivo telefonico mobile che da quel momento sarà in grado di registrare ed inviare alla polizia giudiziaria le conversazioni che si

svolgono ove il telefono è presente e non unicamente le telefonate. Appare evidente come il *trojan* rappresenti uno strumento di indagine con grandi potenzialità, ma che al contempo sia estremamente invasivo, dato anche il quotidiano utilizzo dei dispositivi elettronici e specialmente dei telefoni cellulari *smartphone*.

Così la giurisprudenza di legittimità, prima ancora di una organica disciplina del legislatore in materia è intervenuta per fissarne dei limiti applicativi. Ed invero le sezioni unite della Corte Suprema di cassazione, con la sentenza Scurato del 28 aprile 2016, n. 26889, hanno identificato tre differenti regimi in materia di intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, in relazione alle fattispecie di reato ed hanno pertanto limitato l'operatività dell'utilizzo del captatore ai soli reati più gravi di criminalità organizzata.

Il legislatore, è poi intervenuto in materia, prima con la riforma Orlando, Legge 103 del 2010, e poi con il citato decreto legislativo 216 del 2017 che hanno fissato una disciplina generale²⁰, prevedendo come tale moderno strumento sia utilizzabile validamente per tutte le fattispecie di reato in cui è possibile svolgere delle intercettazioni telefoniche; tuttavia il decreto di autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari deve specificare le ragioni giustificative e devono altresì essere predeterminate le circostanze di tempo e luogo in cui il microfono del captatore sarà attivo. Ciò al fine di evitarne un utilizzo indiscriminato e quindi un abuso.

Come detto le sezioni unite della Cassazione hanno fissato tre distinte discipline in relazione alle intercettazioni²¹. Ed invero, in relazione ai reati indicati dall'articolo 266 c.p.p., ad esclusione di quelli inclusi nell'articolo 51, commi 3-*bis*, 3-*quater*, c.p.p. e dai delitti contro la p.a. di maggiore gravità, tale strumento di indagine era utilizzabile nelle private dimore solo ove vi fosse fondato motivo di in tali luoghi si stesse ponendo in essere l'attività criminosa.

Vi era poi un regime derogatorio meno rigido per i delitti di particolare gravità del citato articolo 51, commi 3-*bis*, 3-*quater*, c.p.p. Ed invero per tali fattispecie, l'articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, così come convertito con modifiche dalla Legge 12 luglio 1991, n. 203, da un lato modificava i presupposti applicativi e quindi i limiti di ammissibilità delle intercettazioni, dall'altro ne allargava i casi di esecuzione. Ed invero, invece dei gravi indizi di colpevolezza erano qui idonei dei sufficienti indizi e l'assoluta indispensabilità dello strumento era sostituita dalla mera necessità allo scopo del proseguimento delle indagini. Altresì, le captazioni delle comunicazioni nelle private dimore erano in questo caso utilizzabili anche quando non vi fosse il fondato timore che in tali ambienti si stesse consumando un reato.

Da ultimo una disciplina intermedia era prevista nel caso dei delitti contro la p.a. di maggiore gravità, puniti con una pena carceraria non inferiore nel massimo a cinque anni. Per tali reati, la disciplina era quella del precedente caso dei gravi reati di cui all'articolo 51, commi 3-*bis*, 3-*quater*, c.p.p.; con la limitazione tuttavia che tale strumento di indagine fosse utilizzabile, quanto alle intercettazioni di conversazioni nelle private dimore, solo nel caso in cui vi fosse un provato timore che ivi si stesse realizzando una attività penalmente rilevante.

La Legge Spazzacorrotti interviene proprio su tale ultima disciplina equiparando invero i gravi delitti contro la pubblica amministrazione, per i quali sia prevista una pena detentiva non inferiore nel massimo a cinque anni, con quelli di criminalità organizzata previsti dall'articolo 51, commi 3-*bis*, 3-*quater*, c.p.p. Così anche per i primi è oggi possibile un utilizzo del *trojan* negli ambienti domestici. Altresì la riforma *de qua* si occupa di modificare gli elementi del provvedimento autorizzativo del captatore. Pertanto, anche in riferimento a tale elemento i citati gravi reati contro la p.a. sono assimilati a quelli di criminalità organizzata e terrorismo. Così per tutte tali fattispecie il decreto autorizzativo del G.I.P. non deve necessariamente indicare il tempo e i luoghi in cui il microfono del captatore sarà attivo.

Appare evidente come il legislatore voglia sfruttare appieno, quanto alle indagini circa i reati contro la p.a., le grandissime potenzialità del captatore informatico che permette di fatto di ascoltare qualsiasi comunicazione che si svolge vicino ad un apparecchio telefonico a prescindere dal fatto che esso sia coinvolto in una telefonata. Se certamente tale strumento appare di vitale importanza per l'emersione del fenomeno corruttivo, spesso così difficile da ottenere; tuttavia è di tutta evidenza, come già sottolineato dalla dottrina²², come vi siano evidenti rischi di un utilizzo indiscriminato di tale strumento.

²⁰ Sul punto si veda l'analisi contenuta in: CALAVITA O., *L'odissea del trojan horse*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, n. 11, pp. 45 ss.

²¹ PALMIERI L., *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "scurato" alla riforma sulle intercettazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, n. 1, pp. 59 ss.

²² PRETTI D., *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, n. 1, pp. 220 ss.

Testo previgente	Testo riformato
<p>Art. 266 c.p.p.</p> <p>Limiti di ammissibilità</p> <p>1. L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati:</p> <p>a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4;</p> <p>b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4;</p> <p>c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope;</p> <p>d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive;</p> <p>e) delitti di contrabbando;</p> <p>f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria abuso di informazioni privilegiate, manipolazioni del mercato molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono.</p> <p>f-bis) delitti previsti dall'articolo 600-ter, terzo comma, del codice penale, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1 del medesimo codice, nonché dall'art. 609-undecies;</p> <p>f-ter) delitti previsti dagli articoli 444, 473, 474, 515, 516, 517-quater e 633, secondo comma, del codice penale;</p> <p>f-quater) delitto previsto dall'articolo 612-bis del codice penale.</p> <p>2. Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.</p> <p>2-bis. L'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater.</p>	<p>Art. 266 c.p.p.</p> <p>Limiti di ammissibilità</p> <p>1. L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati:</p> <p>a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4;</p> <p>b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4;</p> <p>c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope;</p> <p>d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive;</p> <p>e) delitti di contrabbando;</p> <p>f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria abuso di informazioni privilegiate, manipolazioni del mercato molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono.</p> <p>f-bis) delitti previsti dall'articolo 600-ter, terzo comma, del codice penale, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1 del medesimo codice, nonché dall'art. 609-undecies;</p> <p>f-ter) delitti previsti dagli articoli 444, 473, 474, 515, 516, 517-quater e 633, secondo comma, del codice penale;</p> <p>f-quater) delitto previsto dall'articolo 612-bis del codice penale.</p> <p>2. Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.</p> <p>2-bis. L'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4.</p>

Testo previgente	Testo riformato
<p>Art. 267 c.p.p.</p> <p>Presupposti e forme del provvedimento</p> <p>1. Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini. Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.</p> <p>(...)</p>	<p>Art. 267 c.p.p.</p> <p>Presupposti e forme del provvedimento</p> <p>1. Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini. Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.</p> <p>(...)</p>

Testo previgente	Testo riformato
<p>D.lgs. 9 dicembre 2016, n. 217</p> <p>Art. 6.</p> <p>Disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.</p> <p>1. Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.</p> <p>2. L'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.</p>	<p>D.lgs. 9 dicembre 2016, n. 217</p> <p>Art. 6.</p> <p>Disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.</p> <p>1. Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.</p>

6. Modifiche alla responsabilità amministrativa degli enti

Un'ultima novità introdotta dalla Legge n. 3 del 2019, rilevante in questa breve analisi, è quella afferente la disciplina della responsabilità degli enti collettivi così come disciplinata dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. In particolare, la riforma si occupa, anche in questo ambito della responsabilità amministrativa dipendente da reato delle società private, di incidere sulle pene accessorie, rafforzandole e aumentandone l'autonomia applicativa.

Invero, il comma 9 del primo articolo della riforma qui in esame, va a modificare gli articoli 13, 25 e 51 del citato decreto 231/01, quanto alle sanzioni interdittive, alle sanzioni pecuniarie per i delitti di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione ed infine alla durata delle misure cautelari. Pertanto sono anche in questo caso inasprite tali sanzioni applicabili all'ente privato quando si verificano al suo interno fatti di corruzione o di induzione indebita a dare o promettere utilità, ovvero di concussione. Ciò in un'ottica,

esplicitata dallo stesso legislatore nella relazione illustrativa al d.d.l., comune a quella dell'intervento operato sugli articoli 32-ter e 317-bis c.p.

In particolare per tali tre fattispecie, oltre che per quella di traffico di influenze illecite di cui all'articolo 346-bis c.p., la sanzione pecuniaria ha ora come limite massimo duecento quote. Altresì sono previsti ora limiti edittali per le sanzioni interdittive, nel caso dei reati contro la p.a. indicati dai commi 2 e 3 dell'articolo 25 del decreto, superiori a quelli ordinari sanciti dall'articolo 13, comma 2, del d. lgs. Difatti, non opera tale limite che circoscrive la durata delle stesse tra tre mesi e due anni, ma bensì quelli ben più rilevanti di quattro-sette anni, ove il reato presupposto della responsabilità *de societate* sia posto in essere da un soggetto apicale, e due-quattro anni, quando invece è realizzato da un sottoposto. È di tutta evidenza come vi sia una evidente sproporzione di tali misure rispetto tutto il resto dei reati presupposto della responsabilità *de societate*, ed altresì come una sanzione interdittiva così estesa nel tempo possa ingenerare effetti "letali" per una impresa che per un così ampio lasso di tempo non potrà operare nel mercato.

Purtuttavia, secondo il dettato del comma 5-bis dell'articolo 25 del decreto, la durata delle sanzioni interdittive, anche in tali casi, rimane quella ordinaria di tre mesi – due anni, quando l'ente privato si ravveda e realizzi condotte cooperative e riparatorie, eliminando le lacune organizzative che hanno permesso la verifica di reati presupposto e adottando le misure di *compliance* previste dal decreto stesso, sì da evitare che vi siano ulteriori conseguenze all'attività illecita, o da assicurare le prove dei reati presupposto e per l'identificazione degli autori materiali degli stessi ovvero per il sequestro delle utilità trasferite.

Tale ultima previsione non fa altro che spingere l'ente privato ad un ravvedimento, ad una autonormazione e ad una collaborazione con l'autorità giudiziaria e pare coerente con la finalità di fondo della responsabilità degli enti privati di autonormazione e incentivo all'etica della legalità. Ed invero già in altre norme del decreto 231, ed in particolare negli articoli 12 e 17 sulla riduzione delle sanzioni pecuniarie e dell'esclusione di quelle interdittive, traspare tale finalità ed una logica riparatoria e special-preventiva.

Da ultimo, sempre conforme all'impianto della responsabilità degli enti privati collettivi, sembra essere la modifica intervenuta sull'articolo 51, sulle misure interdittive. Invero, è stato eliminato il riferimento, quanto alla definizione della loro durata temporale, all'articolo 13 del medesimo decreto ed ora per tali misure è previsto un termine massimo di un anno e quattro mesi, sì da evitare una eccessiva afflittività

Testo previgente	Testo riformato
<p>D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231</p> <p>Art. 13.</p> <p>Sanzioni interdittive</p> <p>1. Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:</p> <p>a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;</p> <p>b) in caso di reiterazione degli illeciti. 2. Le sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni.</p> <p>3. Le sanzioni interdittive non si applicano nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1.</p>	<p>D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231</p> <p>Art. 13.</p> <p>Sanzioni interdittive</p> <p>1. Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:</p> <p>a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;</p> <p>b) in caso di reiterazione degli illeciti. 2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 25, comma 5, le sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni.</p> <p>3. Le sanzioni interdittive non si applicano nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1.</p>

Testo previgente	Testo riformato
<p>D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231</p> <p>Art. 25</p> <p>Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione</p> <p>1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321 e 322, commi primo e terzo, del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.</p> <p>2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-ter, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.</p> <p>3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, 319-quater e 321 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.</p> <p>4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-bis.</p> <p>5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.</p>	<p>D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231</p> <p>Art. 25</p> <p>Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione</p> <p>1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321, 322, commi primo e terzo, e 346-bis del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.</p> <p>2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-ter, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.</p> <p>3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, 319-quater e 321 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.</p> <p>4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-bis.</p> <p>5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'articolo 5, comma 1, lettera a), e per una durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'articolo 5, comma 1, lettera b).</p> <p>5-bis. Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2.</p>

Testo previgente	Testo riformato
<p>D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231</p> <p>Art. 51.</p> <p>Durata massima delle misure cautelari</p> <p>1. Nel disporre le misure cautelari il giudice ne determina la durata, che non può superare la metà del termine massimo indicato dall'articolo 13, comma 2.</p> <p>2. Dopo la sentenza di condanna di primo grado, la durata della misura cautelare può avere la stessa durata della corrispondente sanzione applicata con la medesima sentenza. In ogni caso, la durata della misura cautelare non può superare i due terzi del termine massimo indicato dall'articolo 13, comma 2.</p> <p>3. Il termine di durata delle misure cautelari decorre dalla data della notifica dell'ordinanza.</p> <p>4. La durata delle misure cautelari è computata nella durata delle sanzioni applicate in via definitiva.</p>	<p>D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231</p> <p>Art. 51.</p> <p>Durata massima delle misure cautelari</p> <p>1. Nel disporre le misure cautelari il giudice ne determina la durata, che non può superare un anno.</p> <p>2. Dopo la sentenza di condanna di primo grado, la durata della misura cautelare può avere la stessa durata della corrispondente sanzione applicata con la medesima sentenza. In ogni caso, la durata della misura cautelare non può superare un anno e quattro mesi.</p> <p>3. Il termine di durata delle misure cautelari decorre dalla data della notifica dell'ordinanza.</p> <p>4. La durata delle misure cautelari è computata nella durata delle sanzioni applicate in via definitiva.</p>

Recensioni

IL CONTRATTO
di Roberto Giovagnoli - Itaedizioni 2019 368
di Giuliano Mattace



Il contratto

di Roberto Giovagnoli - Itaedizioni 2019

L'autore della opera è il Dott. Roberto Giovagnoli.

Egli, non ha bisogno di presentazioni, è un Consigliere di Stato, già Magistrato ordinario, Procuratore dello Stato, Avvocato dello Stato, docente della Corte dei Conti e docente in numerosi corsi di formazione universitaria e post universitaria.

L'opera esamina in maniera approfondita tutti i profili della disciplina generale del contratto, coniugando un rigoroso approccio teorico con mirati approfondimenti giurisprudenziali.

Si tratta di un testo capace di conciliare un rigoroso approccio teorico e dogmatico con l'analisi critica delle più importanti applicazioni giurisprudenziali e, dall'altro, di organizzare la trattazione degli argomenti da approfondire in maniera funzionale allo studio evitando un sovraccarico di giurisprudenza.

Il testo si rivolge ad un pubblico composto oltre che da professionisti e addetti ai lavori, anche a giovani studiosi appena laureati.

Le principali caratteristiche del volume sono:

- a) la chiarezza espositiva;
- b) l'individuazione e la sintesi delle questioni controverse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale;
- c) l'analisi del diritto vivente.

La centralità dell'istituto del contratto per le sue infinite ramificazioni teoriche ed applicazioni pratiche rappresenta una parte centrale del diritto civile.

Il testo è aggiornato alla Cassazione Sez. Un. 16 gennaio 2018, n. 898 (sulla validità dei contratti quadro di investimento finanziario mono firma); alla sentenza delle Sezioni Unite 24 settembre 2018 numero 22437 (sulla meritevolezza della clausola *Claims made*); e in ultimo alla recente Cassazione a Sezioni Unite del 30 luglio 2018 numero 20061 (sulla questione della natura solo formale o anche sostanziale della nullità urbanistica).

Il testo si caratterizza, inoltre, per i numerosi collegamenti con le leggi speciali, quali ad esempio: l'art. 23 t.u.f.; l'art. 66-*quinquies* cod. consumo (sulla specifica disciplina consumistica delle forniture non richieste).

Infine, rispetto ad altre opere simili, il presente volume approfondisce in un apposito capitolo il tema della gestione delle sopravvenienze e i rimedi c.d. mantenitivi.

Va tuttavia rilevato che il testo non presenta note a pie' di pagina.

Il volume è stato scritto facendo tesoro dei preziosi contributi presenti in dottrina, rielaborandoli alla luce della grande esperienza didattica del Cons. Giovagnoli, aggiornando e rivisitando quei contributi, allo scopo di renderli fruibili al pubblico cui il testo si rivolge.

In definitiva il testo in esame si rende meritevole di segnalazione per un approccio trasversale nello studio del diritto civile (ad esempio l'analisi del contratto *inter vivos* e nel diritto *mortis causa*).

Indice delle sentenze

Diritto Civile

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. un., 27.12.2017, n. 30985
(con nota di Tesone)
Cass., sez. III, 12.02.2019, n. 3967 s.m.
Cass., sez. VI, 19.02.2019, ord. n. 4893 s.m.
Cass., sez. I, 19.03.2019, n. 7708 s.m.
Cass., sez. I, 19.03.2019, n. 7709 s.m.
Cass., sez. VI, 19.03.2019, n. 7708 s.m.
Cass., sez. II, 21.03.2019, n. 8047 s.m.
Cass., sez. un., 21.03.2019, n. 7940 s.m.
Cass., sez. II, 21.03.2019, n. 8031 s.m.
Cass., sez. un., 22.03.2019, n. 8230 s.m.
Cass., sez. un., 25.03.2019, n. 8312 s.m.
Cass., sez. V, 28.03.2019, n. 8654 s.m.
Cass., sez. VI, 29.03.2019, ord. n. 8805 s.m.
Cass., sez. lav., 04.04.2019, n. 9468 s.m.
Cass., sez. un., 12.04.2019, n. 10378 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Milano, 10.10.2018 s.m.
Trib. Monza, 12.10.2018 s.m.
Trib. Torino, 28.10.2018 s.m.
Trib. Napoli, ord. 06.11.2018
(con nota di Mingione)
Trib. Cosenza, 14.01.2019 s.m.
Trib. Avellino, 15.01.2019 s.m.
Trib. Trapani, 22.01.2019 s.m.
Corte App. Bologna, 31.01.2019 s.m.
Trib. Lanciano, 04.02.2019 s.m.
Trib. Napoli, 05.02.2019 s.m.
Trib. Avezzano, 08.02.2019 s.m.
Corte App. Torino, 20.03.2019 s.m.
Trib. Parma, 20.03.2019 s.m.
Corta App. Milano, 21.03.2019 s.m.
Trib. Parma, 22.03.2019 s.m.
Trib. Roma, 30.03.2019 s.m.
Trib. Brescia, 01.04.2019 s.m.

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. 1, 18.02.2019, ord. n. 9126 s.m.
Cass., sez. 5, 11.02.2019, n. 13803 s.m.
Cass., sez. 1, 05.02.2019, n. 10567 s.m.
Cass., sez. 1, 05.02.2019, n. 8038 s.m.
Cass., sez.un., sent. 28.01.2019, n. 14426
(con nota di Pignatelli)
Cass., sez. 3, 16.01.2019, n. 6284 s.m.
Cass., sez. 5, 15.01.2019, n. 14382 s.m.
Cass., sez. 1, 08.01.2019, n. 6777 s.m.
Cass., sez. 1, 07.11.2018, n. 10556 s.m.
Cass., sez. 1, 07.11.2018, n. 10549 s.m.
Cass., sez. 3, 11.10.2018, n. 6246 s.m.

TRIBUNALE

Nola, G.M., 18.03.2019, n. 808 s.m.
Nola, G.M., 31.01.2019, n. 283 s.m.
Nola, G.M., 09.01.2019, n. 54s.m.
Nola, G.M., 08.01.2019, n. 28 s.m.
Nola, coll. A, 18.12.2018, n. 3090 s.m.
Napoli, G.M., 21.05.2018, n. 6720 s.m.

G.I.P./G.U.P.

Nola, G.U.P., 27.03.2019, n.90 s.m.

Diritto amministrativo

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

T.A.R. Salerno, sez. I, 08.02. 2019, n.243 s.m.
T.A.R. Napoli, sez. V, 03.01.2019, n.28 s.m.
T.A.R. Salerno, sez. I, 20.02.2019, n.304s.m.

CONSIGLIO DI STATO

Cons. di Stato, sez. V, 28.01.2019, n.697 s.m.
Cons. di Stato sez. V, 24.01. 2019, n.605 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 02.01.2019, n.15 s.m.
Cons. di Stato, Ad. Pl., 27.03.2019, n.6 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 04.02.2019, n.827 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 28.01.2019, n.690 s.m.

Cons. di Stato, sez. III, 25.03.2019, n.1980 s.m.

Cons. di Stato sez. V, 02.02.2019, n.14 s.m.

Cons. di Stato, sez. V, 18.01.2019, n.471 s.m.

Cons. di Stato sez. III, 22.02.2019, n.1222 s.m.

CORTE DEI CONTI

Corte Conti, sezione III app., 14.12.2018, n. 464
(con nota di Bontempi)

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. VI, 18.12.2018, ord. n. 32716

Cass., sez. V., 13.02.2019, ord. n. 4209

Cass., sez. V, 01.03.2019, n. 6080

Cass., sez V, 22.03.2019, ord. n. 8164

Diritto Internazionale

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte giust., Prima Sezione, C266.18, 03.04.2019

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

CEDU, Grande Camera, ricorso n. 78103.14,
31.01.2019

CEDU, sezione V, ricorso n. 18925.15, 10.01.2019

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 spediscilo, 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

