

# PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE



## III/2018

ANNO XXIX - N. 2 - DICEMBRE 2018

POSTE ITALIANE S.P.A. - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN L. N°46 DEL 27/02/2004) ART. 1 COMMA 1 C/ RM/24/2018



# PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

**II/2018**

PESCARA — DICEMBRE 2018

# P.Q.M.

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE  
DI GIURISPRUDENZA E VITA FORENSE

Direttori: GIULIO CERCEO, PIERLUIGI DE NARDIS, VINCENZO DI GIROLAMO

Redattori: CLAUDIO ANGELONE – MARCO AZZARITI – RAFFAELLO CARINCI –  
MASSIMO CIRULLI – LUCIO DE BENEDICTIS – GIULIO DE CAROLIS – FEDERICA  
DE ROBERTIS – ROBERTO DE ROSA – FRANCO DI TEODORO – DORA DI LORETO  
– GIAMPAOLO DI MARCO – MARIA DI TILLIO – MICHELE DI TORO – GREGORIO  
EQUIZI – PIERA FARINA – FABRIZIO FOGLIETTI – GIUSEPPE GIALLORETO –  
FABIANA GUBITOSO – RODOLFO GIUNGI – MARIA CRISTINA IEZZI – ALDO LA  
MORGIA – CARLA LETTERE – GENNARO LETTIERI – SALVATORE MEZZANOTTE –  
GIACOMO NICOLUCCI – ANDREA NUCCIARELLI – MICHELE PEZONE – FRANCESCA  
RAMICONE – PIETRO REFERZA – ENRICO RAIMONDI – ALESSIO RITUCCI –  
STEFANO ROSSI – MARCELLO RUSSO – LUIGI SALCIARINI – MARCO SANVITALE –  
PIERO SANVITALE – MARIACARLA SERAFINI – MARIA SICHETTI – MARCO RIARIO  
SFORZA – GOFFREDO TATOZZI

Coordinatore della Redazione: FRANCO SABATINI  
Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Hanno collaborato a questo numero:

PIETRO CERCEO — MASSIMO CIRULLI — LUCIO DEL PAGGIO — PIERLUIGI DE  
NARDIS — RICCARDO DI GIROLAMO — GREGORIO EQUIZI — MARCO FAIETA  
— MASSIMO FALABELLA — GIUSEPPE GIALLORETO — FABRIZIO MARINELLI  
— SALVATORE MEZZANOTTE — GIACOMO NICOLUCCI — ALESSIO RITUCCI —  
GIULIO RUFO CLERICI — GOFFREDO TATOZZI — LUIGI ZAPPACOSTA

Patrocinio del C.O.F.A.  
Contributo dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Pescara e di Sulmona

Editore: Fondazione Forum Aterni, Pescara  
Iscr. R.O.C. n. 21214

Registrazione del Tribunale di Pescara n. 20/88 del 14/10/1988  
ISSN: 1591-5565

Direzione – Redazione ed Amministrazione di "P.Q.M." sono presso la sede della Fondazione  
Forum Aterni – Palazzo di Giustizia – Pescara (Tel. 085/61966)

*La collaborazione a P.Q.M. è aperta a tutti gli operatori del diritto che vogliano spontaneamente  
inviare saggi, interventi, provvedimenti giudiziari, note a sentenza e articoli riguardanti la  
vita forense. I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica e devono  
uniformarsi ai criteri redazionali della rivista (che possono essere forniti a richiesta). La  
pubblicazione è subordinata all'approvazione da parte della redazione. I testi non pubblicati  
non saranno restituiti.*

La rivista P.Q.M. è aderente all'A.STA.F. – Associazione Nazionale Stampa Forense

Fotocomposizione e stampa: Gioacchino Onorati editore S.r.l – unipersonale

*Questo numero di PQM non sarebbe stato stampato e distribuito senza la generosa donazione della Walter Tosto s.p.a.*

*La Direzione e la Redazione, con animo grato, ringraziano la società donante e, personalmente, il suo Amministratore Delegato, il dott. Luca Tosto, per l'esemplare sensibilità dimostrata nel sostenere lo sforzo di quanti sono impegnati ad alimentare lo sviluppo e la diffusione della cultura giuridica nella nostra regione.*

## SOMMARIO

FABRIZIO MARINELLI Bruno Sulli. L'Avvocato e l'intellettuale Pag 11

### Parte I – SAGGI

MASSIMO FALABELLA Gli oneri probatori nel contenzioso bancario » 25

#### Il principio del *ne bis in idem*

GOFFREDO TATOZZI Nel processo penale » 41

GREGORIO EQUIZI Nel doppio binario sanzionatorio » 55

RICCARDO  
DI GIROLAMO Nel diritto internazionale » 75

SALVATORE  
MEZZANOTTE L'unione civile » 81

### Parte II – GIURISPRUDENZA

Abuso d'ufficio Abuso d'ufficio – Elementi del reato (*Trib. Lanciano, Sent. 4.7.2018*) » 179

Archiviazione Nullità del provvedimento di archiviazione – Presupposti – Reclamo innanzi al Tribunale in composizione monocratica (*Trib. Chieti, Ord. 20.6.2018*) » 201

Concessione Controversie in materia di concessione amministrativa di servizi pubblici – In caso di fallimento del concessionario – Sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva

	– Contratti di concessione di servizi pubblici – Applicabilità dell’art. 81 l.f. ( <i>T.A.R. Abruzzo – L’Aquila, Sent. 3.7.2018 n. 284</i> )	» 230
Concordato	Concordato preventivo – Deposito delle proposte e del piano – Mancata allegazione della relazione ex art. 161, 3 comma l.f. – Inammissibilità – Sussiste ( <i>Trib. Pescara, decr. 25.01.2018, con nota di A. Ritucci: “Inammissibilità del concordato”</i> )	» 163
Disastro ambientale	Disastro ambientale (ex art. 434 e 449 c.p.) – Pubblica incolumità – Nozione – Idoneità del fatto a ledere o mettere in pericolo la pubblica incolumità – Necessità – Epidemia (ex art. 438 e 452 c.p.) – Contagio di un numero di persone elevato, indiscriminato e in tempi rapidi – Necessità ( <i>Trib. Teramo, Sent. 4.6.2018</i> )	» 183
Espropriazione	Espropriazione forzata – Aggiudicazione compendio immobiliare pignorato – Diniego sanatoria opere abusive del debitore – Opposizione agli atti esecutivi – Inefficacia o nullità del decreto di trasferimento – Aliud pro alio – Non sussiste ( <i>Trib. Pescara, Ord. 31.3.2018 con nota di A. Ritucci: “Espropriazione forzata – opposizione agli atti esecutivi – Aliud pro alio”</i> )	» 140
Giurisdizione	Giurisdizione nei confronti dello Stato straniero – Domanda di risarcimento del danno da crimine di guerra o contro l’umanità – Sussistenza ( <i>Trib. Sulmona, Sent. 2.11.2017 con nota di M. Cirulli: “Par in parem habet iurisdictionem”</i> )	» 120
Giustizia amministrativa	Urbanistica ed Edilizia – Improcedibilità del ricorso principale per ritiro dell’atto impugnato – Conseguente dichiarazione di improcedibilità	

	del ricorso incidentale – Conversione del ricorso incidentale in autonoma azione di accertamento della legittimità della C.I.L.A. – Esclusione (T.A.R. Abruzzo, Sent. 3.10.2018 n. 286 con nota di L. Zappacosta)	» 211
Lavoro	Art. 2103 c.c. – Nullità del patto di demansionamento – Deroga – Tutela concernente la conservazione del posto di lavoro – Patto di demansionamento – Iniziativa – Soggetti legittimati – Patto di demansionamento – Condizioni di legittimità – Serietà della mancanza di alternative per evitare il licenziamento – Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Patti di demansionamento – Repêchage (App. L'Aquila, Sent. 15.2.2018 con nota di G. Gialloredo: "Condizioni per la validità del patto di demansionamento in ipotesi di prospettabilità del licenziamento")	» 101
Maltrattamenti in famiglia	Maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) – Ingiuria, minaccia ed atti persecutori (art. 594, 612 e 612 bis c.p.) – Assorbimento (Trib. Pescara Ord. 13.3.2018)	» 192
	Maltrattamenti – Elementi costitutivi – Abitualità della condotta – Necessità (Trib. Chieti, Sent. 16.4.2018)	» 193
	Maltrattamenti in famiglia – (art. 572 c.p.) – In genere – Convivenza forzosa – Sussistenza del reato (Trib. Pescara, Sent. 12.2.2018, con nota G. Nicolucci)	» 195
Mediazione	Mediazione – Effettiva partecipazione delle parti – Necessità – Mancanza – Improcedibilità della domanda (Trib. Vasto Ord. 29.1.2018, con nota di P. De Nardis)	» 156

Misure di prevenzione	<p>Provvedimento di informativa interdittiva antimafia emesso ai sensi degli art. 84, co. 3 e 91, co. 6 del d.lgs. 159/11 – Accertamento dei presupposti ed elementi sintomatici per individuare il tentativo di ingerenza della malavita organizzata nella attività imprenditoriale – Verifica di un quadro indiziario che consenta di individuare la possibilità oppure il rischio di ingerenza in attività di impresa (<i>T.A.R. Abruzzo, sez. L'Aquila, Sent. 16.7.2018 n. 302</i>) » 221</p> <p>D.a.s.p.o. – Applicabilità – Commissione dei reati di cui agli articoli 6 bis e 6 ter della legge n. 401 del 1989 – Assenza di automatismo – Discrezionalità della P.A. – Valutazione autonoma della pericolosità (<i>T.A.R. Abruzzo – sez. Pescara, Sent. 15.10.2018 n. 297, con nota di P. Cerceo</i>) » 205</p>
Processo penale	<p>Processo penale – <i>Ne bis in idem</i> – Sentenza passata in giudicato emessa non da organo giudiziario di uno stato membro dell'Unione Europea – Rapporti tra Stato Italiano e Stato Città del Vaticano (<i>Trib. Pescara, Sent. 14.6.2018, con nota redazionale</i>) » 173</p> <p>Processo penale – Prova – Intercettazioni telefoniche – Trascrizioni – Rapporto con l'assunzione di prove dichiarative (<i>Trib. Teramo, Ord. 17.9.2018, con nota redazionale</i>) » 200</p>
Separazione e divorzio	<p>Matrimonio – Divorzio – Assegno ex art. 5 comma 6 L. Div. – Natura – Funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa – Attribuzione e quantificazione – Criteri – Compositi – Contributo alla vita familiare e al patrimonio comune e personale, durata del matrimonio, età del richiedente (<i>Trib. Pescara, Sent. 29.2.2018 n. 1248, con nota redazionale</i>) » 150</p>



Successione per causa di morte	Successioni per causa di morte – Successione testamentaria – Condizione sospensiva – Condizione di assistenza per tutta la vita del testatore – Legittimità – Morte prematura del testatore – Mancato avveramento della condizione – Sussiste ( <i>Trib. Lanciano, Sent. 19.4.2018 n. 150, con nota M. Faieta</i> )	»	131
--------------------------------	---	---	-----

Violazione obblighi assistenza familiare	Violazione degli obblighi di assistenza familiare in danno dei figli minori (art. 570 co. 2 n. 2 c.p.) – Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio (art. 570 bis c.p.) – Discrimine ( <i>Trib. Pescara, Sent. 26.1.2018</i> )	»	188
--	---	---	-----

### Parte III – INTERVENTI

LUCIO DEL PAGGIO	Equo compenso e parametri	»	249
GIULIO RUFO CLERICI	L'avvocato <i>robot</i> nel diritto di famiglia: un paradosso?	»	257

### Parte IV – VITA FORENSE

Congressi	Resoconto dei lavori del XXXIV Congresso Nazionale Forense (Catania 4/6 ottobre 2018): "Ruolo dell'avvocato per la democrazia e nella Costituzione" (da: " <i>Il dubbio</i> ")	»	265
Documenti	Le dieci bufale che circolano sulla prescrizione del <i>Direttivo della Camera Penale di L'Aquila</i> " <i>Emidio Lopardi Jr</i> "	»	269



In copertina:

## Bruno Sulli. L'avvocato e l'intellettuale



Il 13 maggio 2016 nell'aula Alessandrini del Tribunale di Pescara si è svolto un convegno in ricordo dell'avv. Bruno Sulli, recentemente scomparso, intitolato "*Bruno Sulli. L'avvocato e l'intellettuale*"; tale convegno è stato meritoriamente organizzato dalla Fondazione Forum Aternii, dalla Deputazione abruzzese di Storia patria e dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Pescara.

A tale iniziativa hanno partecipato l'avv. Franco Sabatini, animatore delle iniziative culturali del Foro di Pescara, il presidente della Deputazione abruzzese di Storia patria (di cui Bruno Sulli era stato deputato e vice presidente) dott. Walter Capezzali, il prof. Francesco Sabatini, noto ed apprezzato linguista, il prof. avv. Osvaldo Prosperi, docente nell'Università D'Annunzio, nonché l'autore di queste righe.

Nel ricordare in questa sede l'amico ed il collega riprenderò in gran parte quanto è emerso nel predetto incontro, i cui atti sono già stati pubblicati (seppur parzialmente) sul numero CVII del *Bullettino della Deputazione abruzzese di Storia patria*<sup>1</sup>: tuttavia il *Bullettino* è pubblicazione specialistica, poco diffusa al di fuori dell'ambiente degli storici, ed è quindi apparso opportuno far conoscere il contenuto di quella giornata di studi anche agli avvocati ed ai magistrati abruzzesi, essendo Bruno Sulli collega dei primi ed amico dei secondi.

In tale sede il mio compito è stato quello di illustrare una delle passioni di Bruno Sulli, e cioè la ricerca di notizie sui maggiori avvocati

1. *Bullettino della Deputazione abruzzese di storia patria*, Annata CVII (2016), CXXVIII dell'intera collezione, L'Aquila, 2017, p. 263 ss.

e giuristi abruzzesi, dal Medioevo alla Modernità, notizie raccolte in più di venti saggi biografici pubblicati in un arco ventennale proprio su questa Rivista, dal 1989 al 2008. Ciò mi ha permesso di ricordare Bruno Sulli attraverso i suoi lavori storico-giuridici e dunque di narrare la sua attività di ricerca storica e di ricostruzione giuridica esaminando in controluce le riflessioni che andava puntualmente svolgendo sugli avvocati abruzzesi, fornendo in tal modo un quadro originale della storia abruzzese e dei suoi profondi legami soprattutto con il regno di Napoli, ma anche con il resto d'Italia.

Il primo giureconsulto cui Sulli ha dedicato la propria attenzione è stato Luca da Penne<sup>2</sup> (Penne, 1320 – 1390) il quale, ben noto per i commentari ai tre libri di Giustiniano, scrisse anche un trattato, dai tratti originali, sull'indipendenza dell'interprete. Il problema dell'interpretazione era molto sentito all'epoca, in quanto proprio nell'autunno del medioevo<sup>3</sup> la Chiesa cattolica iniziava ad interrogarsi sui limiti dell'ermeneutica tradizionale del testo sacro, e le pur comprensibili rigidità dell'interpretazione canonica non mancarono di influenzare anche l'esegesi giuridica. Occorrerà giungere al Cinquecento perché la riforma protestante si realizzi (complice anche l'introduzione della stampa e quindi la diffusione del libro) proprio su tale aspetto, ovvero sul grado di libertà dei credenti nell'interpretazione delle sacre Scritture, e contemporaneamente l'umanesimo giuridico proponga un maggior grado di libertà per l'interprete del testo normativo<sup>4</sup>.

Appare evidente come l'esegesi del vecchio e del nuovo Testamento debba tener conto che il testo sacro è la parola del Signore (infatti si parla del Vangelo *secondo* Luca e non del Vangelo *di* Luca, perché l'Evangelista si limita a narrare la parola di Dio), il che comporta la necessità di una stretta aderenza dell'interprete al testo, necessità che si impone, come metodo, anche al testo giuridico, dando inizio ad una

2. B. SULLI, *Luca da Penne*, in *PQM*, 1989, n. I. Su Luca da Penne si veda anche M. CARAVALE, *Luca da Penne e i giuristi abruzzesi*, in Deputazione abruzzese di storia patria, *Quaderni del bullettino*, L'Aquila, 1994.

3. L'espressione è ripresa da J. HUIZINGA, *L'Autunno del Medioevo*, pubblicato per la prima volta in Germania nel 1919, la cui ultima edizione nella traduzione italiana, Milano, risale al 2011.

4. Sul punto mi permetto di rinviare a F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, prefazione di P. Grossi, Laterza, Roma – Bari, 2009, in particolare il primo paragrafo del cap. IV.

tradizione secolare che, come si vedrà, è assai dura a morire. Peraltro Sulli si occupò successivamente anche di un altro giurista medievale abruzzese, Carlo di Tocco<sup>5</sup> (Tocco da Casauria, 1160 circa, mentre la data della morte non è conosciuta) professore di diritto civile a Bologna e Piacenza, meno caratterizzato, comunque, per le sue radici territoriali. Il che dimostra altresì l'interesse di Sulli per un periodo in cui l'area abruzzese si identifica con altri due giuristi, Marino da Caramanico e Andrea d'Isernia, esponenti di quella scuola culta meridionale che si segnalerà per aver operato la distinzione tra patrimonio del Re e patrimonio dello Stato (distinzione sino ad allora abbastanza confusa); un interesse ampiamente dimostrato attraverso una notevole sensibilità storica e giuridica insieme, sensibilità che gli permette di cogliere, anche al di fuori di una specifica specializzazione scientifica, i profili complessivi del medioevo giuridico abruzzese.

Procedendo nel nostro itinerario storico, il Cinquecento abruzzese si caratterizza soprattutto per la decisiva presenza di Madama Margherita d'Austria, che saprà circondarsi di consiglieri per lo più giuristi: Sulli ricorda in particolare Giuseppe Rustici<sup>6</sup> (1543 – 1613), ma si occupa anche di Francesco Vivio<sup>7</sup> (1532 – 1616) avvocato e giudice della Vicaria e di Cesare Rivera<sup>8</sup> (L'Aquila, 1539 – Napoli, 1602) di nobile famiglia aquilana che fu Rettore a Bologna ed accolse Margherita d'Austria nel suo soggiorno aquilano, quando venne ospitata in quel palazzo chiamato proprio in suo onore palazzo Margherita, attualmente sede del Municipio cittadino. Margherita d'Austria lascia numerosi riferimenti della sua presenza tra l'Abruzzo e il Lazio, tra cui la cittadina di Castel Madama, i monti della Duchessa e palazzo Madama a Roma, un tempo sede della polizia pontificia (da cui l'appellativo "madama" per la polizia, in gergo romanesco) ed oggi sede del Senato. Nell'incontro pescarese mi permisi di ricordare, proprio perché ci trovavamo a Pescara, un'altra grande dama del Cinquecento, Vittoria Colonna, poetessa raffinata e donna di grande cultura, che venne in Abruzzo sposa di Ferdinando d'Avalos e che intrattenne stretti rapporti con Michelangelo, il quale gli dedicherà

5. B. SULLI, *Carlo di Tocco*, in *PQM*, 2002, n. I.

6. B. SULLI, *Giuseppe Rustici*, in *PQM*, 2001, n. II.

7. B. SULLI, *Francesco Vivio*, in *PQM*, 2000, n. III.

8. B. SULLI, *Cesare Rivera*, in *PQM*, 2000, n. I.

alcuni disegni condividendo con Lei e con il Cardinale inglese Reginald Pole un cenacolo religioso e culturale di particolare interesse. La circostanza dimostra, complessivamente, come la nostra Regione sia stata nel Rinascimento al centro di un vivace movimento di persone e di idee che si muovevano lungo la via degli Abruzzi: si pensi agli artigiani lombardi che costruivano le chiese abruzzesi e che dunque portavano con sé non solo la loro capacità artistica ma anche il proprio dialetto, di cui a Pescocostanzo (cito tale bellissimo borgo anche perché in quell'occasione ero seduto alla destra di uno dei suoi figli più famosi, il prof. Francesco Sabatini) è restata una non irrilevante traccia.

Il Settecento abruzzese è quindi impersonato, nella galleria di Sulli, da Carlo Franchi<sup>9</sup> (L'Aquila, 1698 – Napoli, 1769) un avvocato che nella sua opera principale si dedicò alla difesa dei castelli aquilani, e quindi alla particolarissima conformazione della città dell'Aquila, costruita attraverso la compenetrazione del contado (i castelli, appunto) con i quartieri cittadini, per cui la difesa dei castelli era anche la difesa delle libertà comunali da quell'oppressore spagnolo che aveva voluto la realizzazione del forte spagnolo “*ad reprimendam audaciam aquilanorum*”.

Sul finire del Settecento, i destini dell'Abruzzo si legano strettamente alla sfortunata Repubblica napoletana del 1799, repressa nel sangue da Orazio Nelson il quale, tradendo vigliaccamente le condizioni di resa promesse dai Borboni, giustizierà un'intera generazione, tra cui la parte più intelligente e generosa della classe dirigente del regno. La crudeltà della repressione sarà espressa dal dramma di due donne, Eleonora Fonseca Pigmentel prima e Luisa Sanfelice dopo, giustiziate non solo per le loro idee, che si intrecciavano indissolubilmente con le proprie passioni, ma per aver voluto – in quanto donne – occuparsi di politica: il che non gli venne perdonato. Bruno Sulli ci racconta questa storia attraverso la vita e le gesta di Giorgio Vincenzo Pigliacelli<sup>10</sup> (Tossicia, 1751 – Napoli 1800), un avvocato e patriota teramano che fu Ministro della giustizia della Repubblica napoletana, e che venne – infine – impiccato con gli altri patrioti.

9. B. SULLI, *Carlo Franchi*, in *PQM*, 1997, n. I.

10. B. SULLI, *Giorgio Vincenzo Pigliacelli*, in *PQM*, 1998, n. I.

Ma i rapporti della capitale del regno con l'Abruzzo non si interruppero, che anzi Giacinto Dragonetti<sup>11</sup> (L'Aquila, 1763 – Napoli, 1818) presiederà la commissione feudale, istituita da Giuseppe Napoleone e nominata da Gioacchino Murat: commissione feudale (i commissari per gli usi civici si chiamano ancora oggi così proprio per la loro derivazione da tale commissione) che – animata da David Winspeare – avrà il compito di dirimere le controversie tra i baroni e le università (come allora venivano chiamati i comuni) seguenti l'abolizione della feudalità. Una commissione che si segnalerà per efficienza e serietà tanto che le sue numerose sentenze, revisionate dopo la restaurazione borbonica, saranno quasi tutte confermate<sup>12</sup>. Giacinto Dragonetti diverrà così un importante intellettuale meridionale, che con la sua opera più nota *Delle virtù e dei premi* intenderà completare il lavoro del Beccaria *Dei delitti e delle pene*, dimostrando così lo stretto legame tra l'illuminismo giuridico napoletano a quello lombardo.

Sempre in quegli anni il giurista frentano Pasquale Liberatore<sup>13</sup> (Lanciano 1763 – 1842) tradurrà la maggior parte dei trattati giuridici francesi. Sulli vi tornerà di nuovo diversi anni dopo, nel 2006<sup>14</sup> con un saggio sulle leggi di procedura civile che sostanzialmente fa riferimento sempre alle opere del Liberatore. L'importanza del giurista lancianese è legata all'influenza che il diritto civile francese, elaborato come commento al *Code civil* del 1804, avrà in Italia per tutto l'Ottocento, tanto che la biblioteca dell'avvocato italiano nella prima metà del secolo conterrà soprattutto i trattati francesi sul codice di Napoleone, proprio nella traduzione italiana del Liberatore. Il problema dell'interpretazione del testo giuridico, cui abbiamo già accennato, si ripresenta in tal modo nei primi decenni dell'Ottocento, perché alla sacralità dei testi evangelici si sostituirà la sacralità del testo del codice civile, e la scuola francese

11. B. SULLI, *Giacinto Dragonetti*, in *PQM*, 1995, n. 1. Su Giacinto Dragonetti si veda R. COLAPIETRA, *Avviamento ad un profilo critico di Giacinto Dragonetti*, in *Bullettino della Deputazione abruzzese di storia patria*, 2001, p. 185.

12. Su tali profili si veda F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, poi da L. Mengoni e P. Schlesinger, seconda ed., Milano, 2013.

13. B. SULLI, *Pasquale Liberatore*, in *PQM*, 1989, 1. Su Pasquale Liberatore cfr. F. MARINELLI, *Civilisti abruzzesi dell'Ottocento. Un itinerario giuridico tra l'Italia e la Francia*, in *Deputazione abruzzese di storia patria, Quaderni del Bullettino*, n. 22, L'Aquila, 2003.

14. B. SULLI, *Le leggi di procedura civile*, in *PQM*, 2006, 1.

dell'esegesi, diffusa appunto in Italia tramite le traduzioni del Liberatore, imporrà l'interpretazione letterale: lo Stato si sostituirà alla Chiesa nel non voler lasciare alcuna libertà all'interprete, impedendo così che i valori affermati dal potere politico possano essere modificati dalla giurisdizione e dalla dottrina giuridica.

Seguirà il Risorgimento, cui Sulli dedica molte pagine attraverso le biografie di Cesidio Bonanni<sup>15</sup> (L'Aquila, 1793 – 1877) che fu nel 1948 Ministro di Grazia e Giustizia del regno di Napoli ed espresse una politica moderata; di Francesco Canofari<sup>16</sup> penalista nato nell'alto Aterno (Montereale, 1765 – 1843), di Pasquale Borrelli<sup>17</sup> (Tornareccio, 1782 – Napoli, 1849) un avvocato che fu segretario generale della Commissione feudale napoletana e che scrisse un trattato sull'interpretazione, di Ferdinando Mozzetti<sup>18</sup> (Pagliara di Petrella Salto, 1786 – L'Aquila, 1850) avvocato, archeologo e patriota, di Donato Cocco<sup>19</sup> (S. Eusanio del Sangro, 1798 – Chieti, 1873) un liberale che aveva combattuto con Guglielmo Pepe e che come avvocato di distinse nella difesa dei patrioti dopo il 1848, e proprio per questo venne sempre tenuto sotto stretta sorveglianza dalla polizia borbonica.

Venendo ad anni più vicini a noi Bruno Sulli si occupa di Giuseppe Pica<sup>20</sup> (L'Aquila, 1813 – Napoli, 1887) autore della tristemente famosa legge Pica contro il brigantaggio che istituì, tra il 1863 ed il 1865 i Tribunali militari per i reati ad esso collegati, e che viene ricordata come strumento di una repressione tanto brutale quanto ingiustificata. Si pensi che proprio in quegli anni venne vietata la transumanza, ritenendosi, per lo più a torto, che i briganti potessero essere identificati con i pastori e che dunque la transumanza favorisse i loro spostamenti e quindi la loro latitanza. La sospensione per due anni della transumanza generò una crisi economica di rilievo nelle terre tra l'Abruzzo, il Molise e la Puglia, crisi che da un lato alimentò a sua volta quel brigantaggio che voleva combattere, e dall'altro contribuì ad accentuare il rancore delle popolazioni meridionali contro i piemontesi "invasori".

15. B. SULLI, *Cesidio Bonanni*, in *PQM*, 1995, II.

16. B. SULLI, *Francesco Canofari*, in *PQM*, 1995, III.

17. B. SULLI, *Pasquale Borrelli*, in *PQM*, 1996, II.

18. B. SULLI, *Ferdinando Mozzetti*, in *PQM*, 1998, II.

19. B. SULLI, *Donato Cocco*, in *PQM*, 1999, II)

20. B. SULLI, *Giuseppe Pica*, in *PQM*, 1999, I)



Quindi, ormai consolidata l'Unità, Sulli ricorda Francesco Auriti<sup>21</sup> (Guardiagrele, 1822 – Roma, 1896) che fu prima avvocato e poi procuratore generale del re nella Corte d'appello dell'Aquila e quindi presso la Suprema Corte di Cassazione. Ancora Augusto Pierantoni<sup>22</sup> (Chieti 1840 – Roma 1911) avvocato e professore di diritto internazionale che preparò il trattato per la libera navigazione del Canale di Suez. Sulli nota con disappunto come il Comune di Chieti gli abbia dedicato, nella toponomastica cittadina, soltanto un vicolo, a riprova di come i meriti dei grandi uomini vengono spesso dimenticati proprio nella terra d'origine. Infine Carlo Altobelli<sup>23</sup> (San Vito Chietino 1857 – Napoli 1917) che si distinse non solo come grande avvocato ma anche come uomo politico che sedette a sinistra e negli anni precedenti la prima guerra mondiale fu convinto e tenace interventista.

Merita infine un cenno la biografia di Benedetto Croce (senior)<sup>24</sup> (Montenerodomo, 1794 – ivi 1854), nonno del famoso filosofo, che svolse funzioni di magistrato in varie zone dell'Abruzzo.

Bruno Sulli, inoltre, nel 2004 pubblica un saggio sulla storia del palazzo di giustizia di Pescara<sup>25</sup>, nel 2007 su palazzo Alfieri, prima sede della Corte d'appello dell'Aquila<sup>26</sup> e sempre nel 2007 sul palazzo di giustizia di Teramo<sup>27</sup>; quindi, nel 2008, un saggio sulla giustizia a Lanciano<sup>28</sup>. In tali lavori l'occasione di parlare delle sedi giudiziarie, vecchie e nuove, è anche motivo per parlare dell'avvocatura, della sua incidenza sociale, del suo rilievo culturale, della sua capacità di critica ragionata al potere costituito.

In definitiva, i saggi di Bruno Sulli realizzano un rilevante numero di pagine sparse, ma non per questo disordinate, che ho tentato di legare insieme dandone una lettura complessiva: pagine che meriterebbero di essere raccolte in una pubblicazione che ne permetta una più ampia fruizione e che contribuisca a ricordare un grande avvocato ed un grande abruzzese.

21. B. SULLI, *Francesco Auriti*, in *PQM*, 1997, III.

22. B. SULLI, *Augusto Pierantoni*, in *PQM*, 1996, n. II.

23. B. SULLI, *Carlo Altobelli*, in *PQM*, 1999, n. III.

24. B. SULLI, *Benedetto Croce (senior)*, in *PQM*, 2003, n. I.

25. B. SULLI, *Il palazzo di giustizia di Pescara*, in *PQM* 2004 nn. II e III.

26. B. SULLI, *Palazzo Alfieri sede della Corte d'appello dell'Aquila*, in *PQM*, 2007, n. I.

27. B. SULLI, *Il palazzo di giustizia di Teramo*, in *PQM*, 2007, n. II.

28. B. SULLI, *Il palazzo di giustizia di Lanciano*, in *PQM* 2008 n. II.

mi sembra giusto che siano le sue riflessioni a chiudere questo ricordo. L'incontro cui facciamo riferimento, infatti, è stato fermamente e tenacemente voluto proprio da Franco Sabatini, consapevole dell'importanza di fissare sulla carta la parola degli amici e dei colleghi di Bruno, perché senza una parola scritta i ricordi, prima o poi, irrimediabilmente si spengono e si dimenticano. Bruno Sulli, sottolinea Franco Sabatini, è stato *“avvocato distintissimo per elevata preparazione professionale ed esemplare rettitudine deontologica; è stato, inoltre, uomo di profonda e vasta cultura che, particolarmente nel campo degli studi storici, ha partecipato da protagonista alla vita intellettuale del nostro Abruzzo”*. Ed è proprio questa duplicità intellettuale che viene da Sabatini utilizzata per riproporre una questione affrontata da Guido Calogero, e cioè se la ricostruzione da parte del giudice dei fatti oggetto del giudizio sia in qualche misura un'attività storica, perché volta a raccontare una vicenda. Il problema è di grande attualità, e non può essere risolto sbrigativamente come ebbe a fare Benedetto Croce affermando che *“la storia dei fatti ricostruita dal giudice non è storia vera e propria, interiore e storiografica, ma historia inferior ovvero aneddotta; il che, a ben vedere, mentre riflette la concezione della storia del filosofo napoletano, non costituisce espressione di un radicale dissenso: il giudice è in qualche modo storico”*<sup>33</sup>.

Con tutto il rispetto per Benedetto Croce, che qualche volta, soprattutto negli ultimi anni di vita, esprimeva giudizi non sufficientemente meditati, il problema è centrale soprattutto nel caso di fatti recenti su cui la magistratura è intervenuta con delle sentenze passate in giudicato. Quella verità *“passata in cosa giudicata”* è assoluta ed indiscutibile, o vale soltanto per le parti del giudizio e per la potestà dello Stato di punire gli eventuali colpevoli? Di recente, soprattutto tra i magistrati, la tendenza a ritenere che la verità delle sentenze (soprattutto quelle, come si è detto, passate in giudicato) sia assoluta è abbastanza diffusa, ma è erronea. La ricostruzione storica è un cantiere sempre aperto, che non si accontenta di verità processuali ma che si fonda su documenti e su argomentazioni ben più ampie, che trascendono i limiti ed i formalismi del processo e che possono in ogni momento essere rimesse in discussione da nuove circostanze e da nuovi ragionamenti: insomma, la storia non

33. FRANCO SABATINI, *Saluto introduttivo*, in *Bullettino*, 2016, cit., p. 264.

si scrive solo con le sentenze. Il che non toglie che in qualche misura anche il processo operi una ricostruzione storica, e dunque in tale prospettiva sia assimilabile all'attività dello storico: che è poi quello che Franco Sabatini, con riferimento alla figura di Bruno Sulli, avvocato e storico, intendeva sottolineare.

Vorrei concludere questo saggio, così denso nell'elencazione dei meriti e delle qualità di Bruno Sulli, aggiungendone una, che mi consta personalmente. Dopo il terremoto che nell'aprile del 2009 ha sconvolto la città dell'Aquila e la vita dei suoi abitanti – tra cui tanti avvocati – Bruno mi telefonò per offrirmi del tutto disinteressatamente ospitalità nel suo studio di Pescara. Grato della proposta nell'estate di quell'anno *horribilis*, il 2009, utilizzai lo studio di Piazza Garibaldi un paio di volte, non volendo approfittare più di tanto. Ma quel gesto (quanti altri avvocati abruzzesi avrebbero potuto farlo e non l'hanno fatto) mi è rimasto sempre presente a ricordo di una spiccata generosità che, unitamente a tutte le altre doti di cui abbiamo parlato, rende la figura di Bruno Sulli ancora più elevata.

Fabrizio Marinelli



I

SAGGI

parte debole del rapporto. La nullità è comminata dall'art. 127/2 tub. A differenza della nullità generale (1418 ss c.c.) può essere eccepita solo dal cliente e, dopo la modificazione introdotta dal d.lgs. n. 218/2010, può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

La banca è quindi onerata di produrre il contratto scritto, e non può provare lo stesso per testimoni, perché, come è noto, esiste il divieto posto dall'art. 2725 c.c. di provare per testi contratti per cui è prevista la forma scritta; né potrebbe avvalersi della prova per presunzioni, giacché l'art. 2729 c.c. esclude detta prova nei casi in cui non può ammettersi la prova per testimoni; ed è escluso, infine, che la stipula del contratto possa risultare da una confessione, che la giurisprudenza esclude con riferimento ai contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*.

Non è raro che il correntista eccepisca che il documento contrattuale rechi solo la sua firma, non anche quella del funzionario abilitato a sottoscrivere per la banca.

La questione può essere riguardata da due punti di vista che sollecitano diversi quesiti strettamente collegati tra loro.

Il primo è se, in tale evenienza, possa considerarsi avvenuto il perfezionamento dell'accordo o se debba ritenersi, invece, che la banca non abbia espresso alcun consenso al riguardo.

La risposta è di regola nel modulo bancario sottoscritto dal cliente. Normalmente tale modulo contiene infatti non già una proposta del cliente bensì l'accettazione, da parte di questo, di una proposta contrattuale dell'istituto di credito; il tenore di tale documento è, frequentemente questo: "Ho/abbiamo ricevuto la Vostra proposta [...]". È evidente, allora, che il singolo contratto si perfezioni con la sottoscrizione del modulo da parte del correntista (cfr. Cass. n. 26010/2007, nella parte motiva). Cioè: poiché è la banca a formulare la proposta, l'adesione del cliente è idonea a determinare la conclusione dell'accordo.

Il secondo quesito può formularsi nei termini che seguono: è validamente concluso un contratto soggetto alla forma scritta se manca la sottoscrizione di una delle parti (della banca, nella specie)?

Non è di aiuto il principio per cui il contraente che non ha sottoscritto l'atto può perfezionare il negozio con la produzione in giudizio del documento al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore: in tal caso, infatti, la condotta processuale ha sì valore

equipollente della firma mancante, ma l'accettazione si intende operata solo con la produzione dello scritto.

Come ribadito di recente da Cass. n. 5159/2016, in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto con effetti *ex nunc* e non *ex tunc*: ciò determina, come conseguenza, che tutte le movimentazioni del conto intervenute prima di quel momento risultino prive di titolo.

Le Sezioni Unite della Corte, in due recenti pronunce, occupandosi dei contratti di intermediazione finanziaria, hanno affermato il seguente principio di diritto: «*Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento (...), è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuto*» (Cass. sez. un. n. 1653/2018; Cass. sez. un. n. 898/2018).

Tale principio, reso in materia di contratti di intermediazione finanziaria, non può non operare nella materia dei contratti bancari soggetti al d.lgs. n. 385/1993 (tub). Si osserva, in proposito, che l'art. 117, comma 1, del detto decreto, nel prevedere che «*[i] contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente*» reca una formulazione del tutto sovrapponibile a quella che l'art. 23, comma 1 d.lgs. n. 58/1998 (t.u.f.) riserva ai contratti aventi ad oggetto servizi di investimento. È da osservare, al riguardo, che l'espressa previsione del rilievo officioso della nullità di protezione, introdotta nel 2010 per i soli contratti bancari, non ha generato una divaricazione tra i regimi giuridici applicabili alle due categorie di negozi. Va ricordato, infatti, che secondo le Sezioni Unite il rilievo *ex officio* di una nullità negoziale, anche ove sia configurabile una nullità speciale o "di protezione", deve ritenersi consentito in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata "ragione più liquida", (Cass. sez. un. nn. 26242 e 26243 del 2014).

In conseguenza, il dato testuale della consentita rilevabilità d'ufficio della nullità formale (presente nell'art. 127 tub, ma assente nell'art. 23 t.u.f.) non sembra giustificare la conclusione per cui, avendo riguar-

do alla disciplina della nullità, i contratti bancari e quelli di intermediazione finanziaria siano assoggettati, anche per il periodo di vigenza del d.lgs. n. 141/2010, a diverse discipline giuridiche.

Avendo riguardo a tale corrispondenza degli elementi normativi, è possibile cogliere anche nei contratti bancari una scelta legislativa che è chiaramente orientata a favorire, attraverso la previsione del requisito formale, la più estesa ed approfondita conoscenza, da parte del cliente, del contenuto del regolamento contrattuale predisposto dall'istituto di credito e a cui lo stesso si accinge ad aderire. Sicché pure in tema di contratti bancari pare spendibile la conclusione cui pervengono le Sezioni Unite allorquando evidenziano che il dato della sottoscrizione dell'intermediario risulterebbe "assorbito", quindi privo di rilievo, una volta che lo scopo perseguito dalla legge sia raggiunto attraverso la sottoscrizione del documento contrattuale da parte del cliente e la consegna, a quest'ultimo, di un esemplare del documento medesimo.

In sintesi, quindi, anche in tema di contratti bancari la sottoscrizione del contratto da parte del solo cliente non è decisiva se si possa affermare, anche in base a fatti concludenti, che la banca abbia espresso la volontà di concludere il negozio.

#### Saldaconto ed estratto conto ex art. 50 tub

Nelle cause di conto corrente promosse dalla banca un secondo onere probatorio concerne la documentazione giustificativa del saldo debitore del cliente.

Tale prova deve essere data con gli estratti conto che recano le movimentazioni incorse durante il rapporto e che, come è noto, sono cosa ben diversa sia dall'estratto di saldaconto previsto dalla abrogata legge bancaria, sia dall'estratto conto certificato conforme alle scritture contabili contemplato dall'art. 50 tub.

Prima dell'entrata in vigore del testo unico bancario l'istituto di credito aveva la possibilità di ottenere il decreto ingiuntivo per il saldo del conto sulla base di un "estratto di saldaconto" previsto dall'art. 102 l. n. 141/1938 (che doveva essere certificato conforme alle scritture contabili).

Secondo la giurisprudenza di legittimità (per tutte: Cass. n. 6705/2009), "[l']art. 102 l. 7 marzo 1938 n. 141 limita il valore pro-



*batorio dell'estratto di saldaconto (costituente documento diverso dagli estratti conto veri e propri) al procedimento monitorio, mentre nel successivo procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo siffatto documento può assumere rilievo solo come documento indiziario, la cui portata è liberamente apprezzata dal giudice nel contesto di altri elementi ugualmente significativi"*

Nella vigenza del testo unico bancario le cose stanno in modo parzialmente diverso: la banca può ottenere il decreto ingiuntivo in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido (art. 50 tub).

Questo estratto conto certificato conforme alle scritture contabili si distingue dal saldaconto della vecchia legge del 1938 perché non documenta il solo saldo del conto corrente. Lo precisa ad es. Trib. Bologna 06.11.2007: *"L'estratto conto richiesto dall'art. 50 t.u. legge bancaria per la concessione di decreto ingiuntivo a favore delle banche, è un'indicazione analitica dei movimenti che portano come risultato finale al saldo, mentre il saldaconto è solo l'espressione numerica del saldo che scaturisce da diverse annotazioni in dare e in avere del conto"*.

Quale sia la precisa estensione dell'onere di documentazione che grava sulla banca a norma dell'art. 50 tub non è chiaro nelle pronunce di giurisprudenza: sembrerebbe prevalente l'opinione secondo cui l'estratto conto certificato ex art. 50 citato debba contenere tutte le indicazioni dell'estratto conto di chiusura, e cioè di tutte le voci a credito e a debito ricadenti nell'arco di tempo considerato, ivi compresi i diritti di commissione, le spese per le operazioni effettuate, gli interessi attivi e passivi maturati, le ritenute fiscali. Quindi: il saldaconto reca la sola indicazione del saldo; l'estratto conto certificato ex art. 50 reca le movimentazioni dell'ultimo periodo del rapporto (generalmente, il trimestre).

Come abbiamo visto, il valore del certificato di saldaconto nel giudizio a cognizione piena, in cui la banca deve dar prova del credito è assai scarso, solo indiziario: di fatto non è sufficiente a sorreggere l'onere probatorio che grava sull'istituto di credito quando agisce per ottenere il saldo del conto corrente.

Limitato valore probatorio nel giudizio a cognizione piena ha anche l'estratto conto certificato ex art. 50 tub, dal momento che la giuri-

sprudenza (di merito come di legittimità), come si vedrà, richiede che la banca produca gli estratti conto dall'inizio del rapporto.

Tuttavia, sul punto del valore del saldaconto ex 102 dell'abrogata legge bancaria è da segnalare Cass. n. 25857/2011: *“Nel procedimento a cognizione piena introdotto con l'opposizione a decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 645 c.p.c., il certificato di saldaconto può assolvere l'onere della prova dell'ammontare del credito in forza della clausola, contenuta nel contratto di conto corrente, con la quale il cliente riconosca che i libri e le altre scritture contabili della banca facciano piena prova nei suoi confronti, trattandosi di clausola immune da nullità, agli effetti dell'art. 2698 c.c., in quanto non integrante una non consentita inversione dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possano disporre, né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto”*.

Il discorso sembrerebbe valere anche con riguardo all'estratto conto ex art. 50 tub che riporti solo le ultime movimentazioni del rapporto bancario: pare cioè che, in presenza della clausola in questione, anche l'estratto conto parziale ex art. 50 possa assumere pieno valore probatorio.

#### Estratti conto e approvazione tacita

Veniamo ora al valore probatorio dei veri e propri estratti conto.

In base al 3° co. dell'art. 119 tub, in mancanza di opposizione scritta, da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento.

La disciplina in questione costituisce derivazione di quella codicistica, contenuta nell'art. 1832 c.c.

Da notare che il termine per l'impugnazione opera anche per la banca (ad es. Cass. n. 12372/2006).

La banca assolve al proprio onere probatorio (relativamente all'esposizione debitoria del cliente) producendo in giudizio gli estratti conto, i quali hanno piena efficacia probatoria, con la conseguenza che le relative risultanze possono essere disattese solo in presenza di circostanziate contestazioni specifiche dirette contro determinate annotazioni (cfr. ad es.: Cass. n. 5675/2001; Cass. n. 14849/2000; Cass. n. 12169/2000; Cass. n. 9579/2000); l'estratto conto, poi, costituisce

prova anche nel giudizio contenzioso nei confronti del fideiussore (ex multis: Cass. n. 13889/2010; Cass. n. 11749/2006).

Il cliente è dunque onerato di sollevare contestazioni specifiche contro le singole annotazioni, pena l'approvazione tacita delle movimentazioni documentate nell'estratto conto ex art. 119/3 tub – o ex art. 1832 c.c. (sei mesi, nel caso non sia applicabile *ratione temporis* la disciplina speciale) – in ragione della trasmissione degli estratti conto. Ma non è decisivo che essi non siano stati mai inviati al correntista, in quanto anche la produzione in giudizio dell'estratto conto costituisce "trasmissione" ai sensi dell'art. 1832 c.c., ed onera il correntista stesso di provvedere alle necessarie contestazioni specifiche ove voglia superare l'efficacia probatoria della produzione (Cass. n. 17242/2006). Comunque la dimostrazione della ricezione degli estratti conto da parte del cliente può darsi con ogni mezzo, anche per presunzioni (Cass. n. 178/1988).

L'approvazione tacita del conto non preclude, però, le contestazioni in ordine alla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori dai quali derivino gli addebiti, e cioè quelle fondate su ragioni sostanziali attinenti alla legittimità, in relazione al titolo giuridico, dell'inclusione o dell'eliminazione di partite del conto corrente (ad es. Cass. n. 11749/2006; Cass. n. 6514/2011; Cass. n. 11374/2011; Cass. n. 11626/2011; così, ad esempio, secondo Cass. n. 23421/2016, "*la contestazione relativa alla titolarità di un determinato strumento finanziario regolato in conto corrente (nella specie, un buono postale ordinario) non è preclusa dalla decadenza ex art. 1832 c.c., riguardando [detta contestazione] non già la verità delle operazioni annotate ma la sostanza del rapporto contabilizzato*": nella fattispecie la contestazione formulata dalla banca, circa l'appartenenza del prodotto finanziario (buono postale) al titolare del conto è stata ritenuta non preclusa dalla decadenza ex art. 1832 c.c. Un altro caso in cui è ben marcata la differenza tra annotazioni che si ha l'onere di impugnare nel termine di legge e annotazioni rispetto alle quali è insussistente un onere siffatto è tratta da Cass. n. 11626/2011: dedotta l'inefficacia della registrazione di un'operazione di giroconto, in quanto derivante da un atto dispositivo compiuto in difetto o contro la volontà del correntista, ben può il giudice accertare che il cliente abbia avuto tempestiva comunicazione del giroconto e abbia dato consapevole approvazione all'operazione negoziale sottostante, e ritenere, quindi, tardive le sue contestazioni, non a causa della decadenza dal

termine fissato dalla norma bancaria, quanto per la ragione sostanziale che l'operazione di giroconto sia stata consapevolmente ratificata dal medesimo.

Per quanto qui interessa, è chiaro, dunque, che l'approvazione tacita dell'estratto conto lasci impregiudicate contestazioni proposte in giudizio circa, ad es. l'indeterminatezza del tasso debitore, l'anatocismo, l'usura.

#### Estratti conto dall'inizio del rapporto

Nell'ipotesi in cui si faccia questione di nullità quali quelle appena indicate la banca sarà onerata di produrre gli estratti conto dall'inizio del rapporto, perché solo in tal modo risulterà possibile quantificare il suo credito, che andrà decurtato delle illegittime appostazioni di interessi ultralegali, anatocistici o usurari.

In particolare, non può la banca opporre l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre il decennio anteriore: *“Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca [...] ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto. Né la banca può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito”* (Cass. n. 23974/2010; Cass. n. 21466/2013; nello stesso senso: Cass. n. 1842/2011; Cass. n. 19696/2014; Cass. n. 7972/2016; Cass. n. 13258/2017 (secondo cui, inoltre, il giudice può ritenere che la clausola invalida non abbia trovato applicazione nel periodo in cui mancano gli estratti conto, salvo che la banca abbia allegato e provato la sopravvenuta inettitudine della medesima clausola a disciplinare il rapporto bancario in conformità a quanto in essa previsto).

Poniamo dunque l'ipotesi in cui il saldo debba essere rideterminato perché il contratto contiene clausole nulle.

Cosa succede se sono prodotti solo gli estratti conto da un certo momento in poi?

La giurisprudenza di merito, secondo un indirizzo che mi pare prevalente, opera una distinzione. Laddove sia la banca ad agire per il pagamento, la ricostruzione dell'andamento del rapporto andrebbe effettuata partendo dal saldo del primo estratto conto disponibile, se a credito per il cliente; nel caso, invece, che il primo estratto conto disponibile sia a debito per il cliente, occorrerebbe ripartire dal saldo zero. Ove, poi, dopo il primo estratto conto disponibile, manchino estratti conto successivi, la ricostruzione dell'andamento del rapporto andrebbe effettuata soltanto sulla base degli estratti conto effettivamente disponibili (e cioè non potranno essere presi in considerazione addebiti non documentati negli estratti conto prodotti: così, ad esempio, mancando tutti gli estratti conto del 2014, se il saldo finale è pari a 100 al 31 dicembre 2013 e il saldo di apertura al 1 gennaio 2015 è di 200, si prenderanno in considerazione le movimentazioni successive a quest'ultima data partendosi da 100).

Tale soluzione è ritenuta ammissibile dalla Cassazione nella sentenza n. 1842/2011, la quale, in un caso in cui mancavano i primi estratti conto e non era stata ammessa CTU, ha motivato in questo senso: *“l'assenza degli estratti conto per il periodo relativo ai primi quattordici mesi del rapporto non appare astrattamente preclusiva rispetto alla possibilità di un'indagine concernente il periodo successivo, potendo questa attestarsi sulla base di riferimento più sfavorevole per il creditore istante (quale, a titolo esemplificativo, quella di un calcolo che preveda l'inesistenza di un saldo debitore alla data dell'estratto conto iniziale)”*.

In direzione contraria si pongono Cass. n. 21597/2013, Cass. n. 20693/2016 e Cass. n. 9365/2018, secondo cui, in sintesi, nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri presuntivi od approssimativi.

Quindi, secondo queste ultime decisioni, la banca che non produce tutti gli estratti conto va incontro alla reiezione della domanda.

### Piani di rientro

Quale rilevanza hanno i c.d. piani di rientro sottoscritti dal cliente nelle cause intentate contro di lui dalle banche?

Sono da considerare ricognizioni di debito, o promesse di pagamento, ma secondo la giurisprudenza di legittimità non precludono la deduzione di nullità contrattuali da parte del cliente stesso (in tema può citarsi Cass. n. 19792/2014). Quindi se, ad esempio, è nulla la clausola relativa agli interessi ultralegali non pattuiti per iscritto, il correntista potrà far valere l'eccezione, anche se ha sottoscritto il piano di rientro. La ragione, del tutto evidente, è nel fatto che la promessa di pagamento e la ricognizione di debito invertono solo l'onere della prova a favore del creditore che riceve la dichiarazione, ma non impediscono al debitore di dedurre fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto azionato contro di lui.

### **L'onere probatorio nelle cause promosse dal cliente nei confronti della banca**

#### Azione di accertamento negativo e azione di ripetizione

Le considerazioni che si sono fin qui formulate con riguardo all'atteggiarsi dell'onere probatorio nelle cause che sono proposte dalla banca nei confronti del cliente vengono nella sostanza rovesciate per l'ipotesi in cui sia il correntista ad agire nei confronti dell'istituto di credito.

Con riferimento all'azione di accertamento negativo la Corte di legittimità ha precisato che chi esperisce tale azione deve fornire la prova della fondatezza della propria domanda, onde l'attore è tenuto a documentare l'andamento del conto dal suo inizio (Cass. n. 9201/2015: nella circostanza è stato precisato che i correntisti avevano, o avevano avuto, la disponibilità degli estratti conto, rispetto ai quali esisteva un preciso onere di conservazione, e sotto tale profilo essi erano dunque "in posizione paritaria rispetto alla banca").

Può peraltro osservarsi, in termini generali, che sulla distribuzione dell'onere probatorio nelle azioni di accertamento negativo le posizioni

della giurisprudenza di legittimità non sono uniformi: così in tema di indebito previdenziale si è detto che l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché sia convenuto in giudizio di accertamento negativo (Cass. n. 22862/2010; Cass. n. 12108/2010).

Analoga conclusione a quella cui è pervenuta, in tema di azione di accertamento negativo, Cass. n. 9201/2015 si ritiene spendibile nel caso in cui il correntista agisca per la ripetizione dell'indebito. Vale, in proposito, il principio per cui nei rapporti bancari in conto corrente, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida *causa debendi*, sicché il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute (Cass. n. 24948/2017).

La regola si fonda sulla consolidata posizione della giurisprudenza di legittimità in tema di indebito: posizione che riversa il detto onere probatorio sull'attore in ripetizione anche nell'ipotesi in cui il pagamento effettuato sia solo parzialmente indebito (si veda in proposito Cass. n. 7501/2012: è quest'ultimo un caso assai frequente in tema di contenzioso bancario, giacché, allorquando il correntista agisce in ripetizione, lo fa invocando la nullità di singole clausole, come ad es. quella relativa agli interessi, e quindi la nullità solo parziale del contratto).

Naturalmente, anche per il caso di azione proposta dal correntista si pone il problema di come definire la controversia nel caso in cui la parte che ne era onerata (in questo caso il cliente della banca) adempia solo parzialmente alla produzione degli estratti conto. Detto che nella giurisprudenza di merito pare dominante la soluzione per cui a fronte di un saldo iniziale negativo il correntista non ha diritto all'azzeramento del saldo stesso, per cui la ricostruzione del rapporto si dovrebbe attuare muovendo da quel dato contabile, va osservato che la Cassazione è orientata nel senso di negare, in caso di produzione solo parziale degli estratti conto, la possibilità di rideterminare comunque il saldo, con conseguente necessario rigetto della domanda (così Cass. n. 20693/2016, cit.).

### Il criterio della vicinanza della prova

Poche battute devono dedicarsi allo spazio di applicazione che, nella materia che qui interessa, può riservarsi al criterio della vicinanza della prova: a quel criterio di distribuzione dell'onere probatorio che è cioè basato sulla valorizzazione della effettiva possibilità dell'una o dell'altra parte del giudizio di offrire la prova di fatti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi.

Nel contenzioso bancario tale criterio è spesso invocato dal cliente nelle cause da lui promosse, ma certamente non trova applicazione con riguardo all'onere di produzione degli estratti conto.

La Cassazione ha escluso, poi, che il principio di vicinanza della prova possa giustificare l'ordine di esibizione, alla banca convenuta in giudizio, del contratto di conto corrente: si è osservato, in proposito, che il c.d. principio di vicinanza della prova *“non può semplicisticamente esaurirsi nella diversità di forza economica dei contendenti”*, laddove la distanza del cliente dall'elemento di prova che lo stesso intende acquisire è negata dall'obbligo richiamato dall'art. 117 tub, secondo cui, come si è visto, in materia bancaria i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti (Cass. n. 17923/2016).

### L'eccezione di prescrizione

Un tema di sicura attualità, all'indomani dell'importante arresto delle Sezioni Unite sulla prescrizione dell'azione di ripetizione, è quello attinente al grado di specificità che deve assumere detta eccezione.

Come si ricorderà, ha stabilito Cass. sez. un. n. 24418/2010 che *“l'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto”*.

Quindi: la prescrizione è decennale; decorre dai singoli pagamenti indebiti e cioè da ogni rimessa solutoria, mentre la rimessa ripristina-



toria non è un vero e proprio pagamento [*“non soddisfa il creditore ma amplia (o ripristina) la facoltà d’indebitamento del correntista”*]; così le Sezioni Unite]; in conseguenza, in caso di eccezione di prescrizione, rimangono intangibili i versamenti solutori operati oltre il decennio (da più di 10 anni) con cui si sono pagate somme non dovute (interessi extralegali etc.).

Ci si è chiesti se la banca, nell’eccepire la prescrizione, debba o meno precisare quali siano le rimesse solutorie poste in atto nel corso del rapporto.

Secondo un primo indirizzo, qualora l’avvenuta stipulazione fra le parti del contratto di apertura di credito non sia in contestazione, la natura ripristinatoria delle rimesse è presunta: spetterà dunque alla banca che eccepisce la prescrizione di allegare e di provare quali sono le rimesse che hanno invece avuto natura solutoria (cfr. Cass. n. 4518/2014); con la conseguenza che, a fronte della formulazione generica dell’eccezione, indistintamente riferita a tutti i versamenti intervenuti sul conto in data anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla data di proposizione della domanda, il giudice non può supplire all’omesso assolvimento di tali oneri, individuando d’ufficio i versamenti solutori (il principio è espresso da Cass. n. 20933/2017).

Per un secondo orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 4372/2018; Cass. n. 18581/2017), ai fini della valida proposizione dell’eccezione di prescrizione la specificazione della natura solutoria della rimessa non è necessaria, e ciò avendo essenzialmente riguardo a due rilievi. In primo luogo, l’eccezione di prescrizione deve ritenersi ritualmente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l’inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene (per tutte: Cass. n. 15790/2016). In secondo luogo, ai fini della valida proposizione della domanda di ripetizione non si richiede che il correntista specifichi una ad una le rimesse, da lui eseguite, che, in quanto solutorie, si siano tradotte in pagamenti indebiti a norma dell’art. 2033 c.c. Infatti, la giurisprudenza di legittimità formatasi sull’azione revocatoria in tema di rimesse bancarie, con riferimento alla disciplina anteriore alla riforma della legge fallimentare (in cui aveva rilievo, come è noto, la differenza tra pagamenti solutori e pagamenti ripristinatori della provvista) è ferma nel ritenere che non sia affetta da nullità per indeterminatezza dell’oggetto o della *causa petendi* la citazione contenente

la domanda di revocatoria fallimentare di pagamenti costituiti da rimesse di conto corrente bancario, seppure manchi l'indicazione dei singoli versamenti solutori (Cass. n. 6789/2012; Cass. n. 14552/2008). In tal senso – si sostiene – non sarebbe giustificato pretendere dalla banca che eccepisca la prescrizione l'indicazione dei detti versamenti solutori (su cui la detta prescrizione possa, poi, in concreto operare) quando nemmeno l'attore in ripetizione è tenuto a precisare i pagamenti indebiti oggetto della pretesa azionata.

### 3. I singoli mezzi istruttori

Per concludere, è opportuno soffermarsi su come si atteggiino gli oneri probatori delle parti delle controversie in tema di conto corrente con riguardo ad alcune attività istruttorie.

#### Ordine di esibizione

L'istanza di esibizione viene frequentemente formulata dal correntista per l'acquisizione degli estratti conto di cui non dispone.

In termini generali, va rammentato che un primo limite all'accoglimento della richiesta di esibizione opera nel caso in cui l'interessato possa di propria iniziativa acquisire una copia del documento e produrla in causa (ad es.: Cass. n. 19475/2005).

Inoltre è noto che l'esibizione, oltre a dover riguardare documenti che siano specificamente indicati dalla parte che ne abbia fatto istanza e che risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi, non può in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (per tutte: Cass. n. 17149/2008).

In materia bancaria, come è ben noto, la disposizione di cui all'art. 210 c.p.c. deve essere coordinata con quella di cui all'art. 119/4 tub, secondo cui *“[i]l cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni”*. Da questa norma, che

conferisce al cliente della banca il diritto all'acquisizione, al di fuori dal processo, della documentazione bancaria, una parte della giurisprudenza di merito trae la conclusione che l'istanza di esibizione possa trovare accoglimento solo ove la parte interessata abbia dato prova di essersi vanamente attivata prima del giudizio a norma dell'art. 119/4, richiedendo quindi la documentazione (solo in questo caso, infatti, potrebbe escludersi che il cliente della banca si sia trovato nell'impossibilità di procurarsi detta documentazione).

Sul punto si è espressa di recente la S.C. con la sentenza n. 11554/2017: in essa è affermato che il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente tra gli stessi intervenuto può essere esercitato, ai sensi del comma 4 dell'art. 119 tub, anche in corso di causa; è spiegato che l'opposta soluzione porterebbe a trasformare uno strumento di protezione del cliente in un mezzo di penalizzazione del medesimo, attribuendo alla richiesta di documentazione da lui formulata la consistenza dell'onere.

#### La consulenza tecnica d'ufficio

Come è noto, la consulenza tecnica d'ufficio non è propriamente un mezzo di prova ma ha la finalità di fornire un ausilio al giudice nella valutazione degli elementi acquisiti processualmente o nella soluzione di questioni che implicino conoscenze specialistiche.

La consulenza non può dunque intendersi come un mezzo di soccorso volto a sopperire all'inerzia delle parti; essa, tuttavia, può eccezionalmente costituire fonte oggettiva di prova, per accertare quei fatti rilevabili unicamente con l'ausilio di un perito: ne consegue che, qualora la c.t.u. sia richiesta per acquisire documentazione che la parte avrebbe potuto produrre, l'ammissione da parte del giudice comporterebbe lo snaturamento della funzione assegnata dal codice a tale istituto e la violazione del giusto processo, presidiato dall'art. 111 cost., sotto il profilo della posizione paritaria delle parti e della ragionevole durata (Cass. n. 21487/2017).

In tal senso, l'acquisizione di elementi desunti dai documenti non prodotti in causa è consentita solo ove l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi con l'ausilio di speciali cognizioni

tecniche, e sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza (Cass. n. 512/2017).

Ben si comprende, allora, come al CTU non sia consentito fondare il proprio giudizio su estratti conto o documenti contrattuali non prodotti in giudizio dalle parti, ma acquisiti nel corso delle indagini peritali, giacché tali documenti in una controversia bancaria avente ad oggetto il pagamento del saldo o la ripetizione dell'indebitto, non possono di certo ritenersi accessori.

Una deroga a tale principio non potrebbe d'altro canto rinvenirsi nella previsione dell'art. 198/2 c.p.c., secondo cui nel caso di consulenza contabile il CTU può acquisire, con consenso di tutte le parti, documenti non prodotti in causa. Infatti, il consenso delle parti all'acquisizione può essere espresso solo con riferimento all'esame di documenti accessori, cioè utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice (Cass. n. 8403/2016; Cass. n. 24549/2010, sull'inammissibilità della produzione di contabili bancarie nel corso di una consulenza tecnica relativa a revocatoria fallimentare di rimesse).

Ci si può chiedere, infine, se nella causa in tema di usura il CTU, nell'inerzia della parte interessata, possa acquisire i decreti ministeriali che fissano le soglie di legge attraverso l'indicazione del TEGM. Pertinenti al quesito, cui una parte della giurisprudenza di merito ha dato responso sostanzialmente negativo (es. Trib. Mantova 13.10.2015, Trib. Roma 8.6.2013 e Trib. Napoli 4.11.2010), sono due pronunce, per la verità datate, della S.C., secondo cui i detti decreti ministeriali avrebbero natura di atti amministrativi, che non sono fonti del diritto: il che renderebbe inapplicabile il principio *jura novit curia*, di cui all'art. 113 c.p.c., che va coordinato con l'art. 1 delle preleggi (Cass. n. 8472/2001; Cass. n. 11706/2002). Se ne dovrebbe desumere, alla stregua di tale indirizzo, che i decreti in questione debbano essere prodotti dalla parte nel rispetto delle scansioni processuali che regolano l'accesso in giudizio dei documenti atti a comprovare le domande e le eccezioni di parte. La questione continua, però, ad essere assai dibattuta.

*Massimo Falabella*

# Il principio del *ne bis in idem*

\*\*\*\*\*

## Nel processo penale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Effetto preclusivo. – 3. Il *ne bis in idem* in alcuni casi particolari. – 4. Litispendenza e *ne bis in idem*. – 5. Rilevabilità del divieto. – 6. Decisioni ad effetto preclusivo. – 7. Il *ne bis in idem* allo stato degli atti: a) *ne bis in idem* cautelare; b) nei procedimenti di esecuzione; c) nel giudizio di sorveglianza; d) nel procedimento di prevenzione. – 8. Il conflitto pratico di giudicati.

### 1. Introduzione

Il divieto di *bis in idem*, come effetto tipico dell'irrevocabilità della sentenza e degli altri provvedimenti giurisdizionali ad essa assimilati, è previsto nell'art. 649 c.p.p., e costituisce un evidente riparo apposto a difesa della pretesa punitiva dello Stato, che altrimenti potrebbe essere senza fine con grave pregiudizio per i cittadini. Si tratta di un principio evocato nel diritto romano dalle *legis actiones*, presente nelle codificazioni del Regno d'Italia, ma non inserito invece come principio fondamentale nella nostra Costituzione, mentre è richiamato nella legislazione comunitaria, dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE di Nizza, dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e dall'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'importanza di tale norma deriva dal fatto che “*assicura certezza e stabilità al giudicato, proponendosi, nel contempo, di evitare che per lo stesso fatto-reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, anche non irrevocabili, l'uno indipendente dall'altro*”<sup>1</sup>.

1. CAPRIOLI-VICOLI; KALB, *Il promovimento dell'esecuzione*, in Spangher, *Trattato VI*, I, 115.

Infatti, un sistema che lasciasse il pubblico ministero arbitro di reiterare l'azione penale per lo stesso fatto contro la stessa persona si muoverebbe lungo linee dissonanti con il principio di legalità e con i caratteri salienti del "giusto processo"<sup>2</sup>.

## 2. Effetto preclusivo

Secondo la più recente interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione, formata sulla base delle argomentazioni fornite dalla Corte Costituzionale con la innovativa sentenza n. 200 del 31 maggio 2016 (nell'ambito del c.d. processo Eternit bis), il divieto di *bis in idem* è configurabile quando tra fatto giudicato e fatto giudicabile vi è completa identità in tutti gli elementi: condotta, evento naturalistico, nesso causale. Per stesso fatto giudicato si deve intendere *l'idem factum*, come condotta in senso "naturalistica" e materiale, e non *l'idem* nella sua rappresentazione giuridica. Fatto identico è, dunque, quello che si realizza nelle medesime condizioni di tempo, di luogo e di persone. È fatto diverso quello che, pur violando la stessa norma ed integrando gli estremi del medesimo reato, si pone come un'ulteriore estrinsecazione dell'attività del soggetto agente, diversa e distinta, nello spazio e nel tempo, da quella posta in essere in precedenza ed accertata con sentenza definitiva.

L'esplicazione pratica di tale interpretazione è costituita dal fatto che l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. non è preclusa dalla configurazione di **circostanze aggravanti** non costituenti oggetto del precedente processo, atteso che le circostanze sono elementi esterni al fatto e non ne determinano la diversità<sup>3</sup>.

Si è addirittura sostenuto che quando nel capo di imputazione il *tempus commissi delicti* non è indicato in modo preciso e con ben definiti riferimenti fattuali, il giudice può prendere conoscenza del contenuto della sentenza e, occorrendo, degli atti del procedimento, per ricavarne tutti gli elementi da cui sia possibile desumere l'effettiva data del reato, ove essa sia rilevante ai fini della decisione che gli è demandata<sup>4</sup>.

2. Enciclopedia de Diritto, Giuffrè, voce *Ne bis in idem*, Rafaraci, 864.

3. Da ultima, Cass., II sez., 6 febbraio 2015, n. 19712, in CED 2015.

4. Cass., sez. IV, 15 aprile 2014 n. 46270, in CED 2015.

### 3. Il *ne bis in idem* in alcuni casi particolari

3.1. Attesa la non necessaria coincidenza tra fatto in senso naturalistico e fatto in senso giuridico, può verificarsi che all'unicità di un determinato fatto storico faccia riscontro una pluralità di fatti giuridici, come accade nel **concorso formale di reati** in cui, con un'unica azione, si cagionano più eventi giuridici. Vi era, infatti, un radicato ed univoco orientamento giurisprudenziale secondo cui il *ne bis in idem* non doveva operare ove ricorresse un'ipotesi di concorso formale, sebbene l'episodio – suscettibile di integrare più reati – fosse il medesimo<sup>5</sup>.

Logico e conseguente corollario era che il giudicato formatosi con riguardo ad uno di tali eventi non impedisse l'esercizio della azione penale in relazione ad un altro evento (sempre inteso in termini naturalistici) pur scaturito dall'unica condotta.

Su tale regola enucleata dalla giurisprudenza è intervenuta la Corte Costituzionale (con decisione che segna una svolta storica nel quadro delle garanzie fondamentali in tema di *ne bis in idem*), laddove ha precisato che non si può applicare il divieto di un secondo giudizio per la sola ragione che i diversi reati concorrano formalmente, in quanto commessi con una sola azione od omissione. L'autorità giudiziaria, infatti, nel verificare l'ambito di operatività della preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. deve porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione, con la precisazione che, a tale scopo, non esercita alcuna influenza l'esistenza di un concorso formale dei reati (con la richiamata sentenza è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale)<sup>6</sup>.

Sostanzialmente, non vi è alcun vincolo preclusivo ove, pur essendo identiche l'azione o l'omissione, mutino elementi aggiuntivi, da

5. Tra le altre, Cass., sez. I, 19 marzo 2014, Bausone, in Ced 260133 e Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, ivi 246953.

6. Corte Costituzionale, 21 luglio 2016, n. 200.

identificarsi nell'oggetto materiale del reato ovvero nel nesso di causalità o nell'evento esteriore.

Ed infatti, la Corte di Cassazione si è immediatamente conformata ai principi espressi dalla Corte Costituzionale, tanto che con una recente sentenza ha statuito che *“la preclusione connessa al principio del “ne bis in idem” opera ove il reato già giudicato si ponga in concorso formale con quello oggetto del secondo giudizio nel solo caso in cui sussista l'identità del fatto storico, inteso sulla base della triade condotta-nesso causale-evento”* (merita di essere riferita la vicenda oggetto della sentenza, poiché permette di chiarire praticamente il ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale. La Corte di Appello di Palermo confermava la sentenza di condanna resa dal Tribunale di Palermo, in riferimento al reato di incendio colposo nei confronti dell'imputata, che per colpa consistita nell'aver realizzato un allacciamento abusivo alla rete elettrica presso l'appartamento detenuto in locazione, aveva cagionato l'incendio dell'immobile stesso, generato dal sovraccarico di corrente dovuto all'allacciamento abusivo, rigettando l'eccezione di improcedibilità dell'azione penale per violazione dell'art. 649 c.p.p., poiché la prevenuta era stata giudicata ed assolta, con sentenza irrevocabile, per il delitto di furto aggravato, consistito nell'allacciamento abusivo alla rete elettrica, realizzato presso l'appartamento in oggetto. In tal caso, il Collegio rilevava che il fatto oggetto del presente giudizio risultava naturalisticamente diverso da quello considerato nel precedente giudizio. La ricorrente ha sostenuto, invece, nel successivo giudizio di Cassazione, che nel secondo giudizio era stata esaminata nuovamente la questione della responsabilità della imputata per l'allacciamento abusivo alla rete elettrica ed il conseguente sovraccarico di tensione, che innescò l'incendio, si da doversi applicare il principio previsto dall'art. 649 c.p.p., secondo la lettura proposta dalla Corte Costituzionale nel 2016. La Corte di Cassazione rigettava il ricorso rilevando che la valutazione espressa dai giudici di merito era corretta poiché aveva ritenuto che l'incendio dell'immobile, costituente l'effetto naturalistico della fattispecie di cui all'art. 449 c.p., non risultava altrimenti considerato nel precedente giudizio, avente ad oggetto il delitto di furto di energia elettrica, se pure realizzato mediante il medesimo allacciamento abusivo. In



sostanza, il nuovo giudizio ha ad oggetto un diverso fatto, naturalisticamente inteso, sulla base della triade condotta-nesso causale-evento, indicata dalla Corte Costituzionale)<sup>7</sup>.

In definitiva, è stata estesa l'area coperta dalla preclusione: se il fatto, nella materialità che lo distingue, è il medesimo, sono irrilevanti le variabili incentrate su valutazioni di tipo giuridico, ovvero una differente qualificazione giuridica. Ove sia divenuto irrevocabile un primo accertamento, non è idonea a giustificare una nuova iniziativa del pubblico una diversità solo legale della regiudicanda. Sul punto, la Corte è stata perentoria nel bandire l'indirizzo espressivo del diritto vivente: non hanno cittadinanza le “*sempre opinabili considerazioni sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sulle implicazioni penalistiche del fatto*”.

**3.2** Non pochi problemi in relazione al *ne bis in idem* pone il **reato permanente**. È opinione giurisprudenziale e dottrina prevalente che non sia di ostacolo ad un nuovo procedimento penale la natura permanente dei reati, perché la permanenza cessa ed il reato si conclude, al massimo, con la decisione di condanna o di assoluzione, anche non definitiva<sup>8</sup>.

Seguendo tale criterio, in materia di sottrazione agli obblighi di assistenza familiare e di reati urbanistici, ad esempio, il *tempus commissi delicti* è individuato con riferimento alla data di pronuncia della sentenza divenuta irrevocabile, sicché l'eventuale contestazione della medesima ipotesi delittuosa, per un periodo di tempo successivo, è consentita come fatto diverso, mentre quella relativa ad un tempo anteriore a tale data, ricade sotto il divieto di *bis in idem*<sup>9, 10</sup>.

Analogamente, la sentenza di condanna per un reato associativo interrompe, giuridicamente, la protrazione del delitto di partecipazione a quella associazione criminosa, sicché il successivo tempo di condotta partecipativa è autonomamente apprezzabile, salvo che “*nel secondo giudizio venga contestata al condannato la partecipazione ad una*

7. Cass., sez. IV, 24 ottobre 2017 n. 54986.

8. *Ex multis*, Cass., sez. VI, 5 marzo 2015 n. 20315.

9. Cass., sez. VI, 30 aprile 2003, Cannizzaro.

10. Cass., sez. III, 21 aprile 2015 n. 19354.

*consorteria criminale che, sebbene connotata da un'articolazione più ristretta di quella risultante dal primo giudizio, si presenta identica, quanto alla sfera operativa e di interessi, all'identità degli affiliati ed al ruolo di vertice attribuito ad uno di loro, essendo a tal fine irrilevante, stante la natura permanente del reato associativo, la parziale difformità del profilo temporale delle due contestazioni*"<sup>11</sup>.

Si è, poi, ritenuto che la contestazione contenuta nel decreto che dispone il giudizio con la formula "ad oggi" o "tutt'ora" delimita la durata della contestazione e, quindi, la cessazione della permanenza alla data di formulazione dell'accusa<sup>12</sup>.

Nella diversa ipotesi, invece, in cui la sentenza già irrevocabile riguardi un reato permanente contestato con l'indicazione soltanto della data di accertamento, spetta al giudice dinanzi al quale sia stata sollevata l'eccezione di giudicato verificare, attraverso l'interpretazione della sentenza, quando si sia interrotta la permanenza.

**3.3 Nelle ipotesi di reato composto e complesso**, nelle quali uno o più reati con l'aggiunta di un elemento ulteriore, concorrono alla configurazione di un reato più grave, la *res iudicata*, intervenuta sul reato contenente, esclude, per identità del fatto, un nuovo giudizio sul o sui reati contenuti. Incorre, ad esempio, nel divieto un nuovo giudizio per il delitto di violenza privata, contro l'imputato prosciolti dal delitto di atti di libidine violenti<sup>13</sup>. Nel caso inverso, l'effetto preclusivo non può dispiegarsi, in quanto resterebbe impunita l'area di illiceità od antigiuridicità non coperta dalla fattispecie minore. Pertanto, è inapplicabile il principio del "ne bis in idem" in caso di precedente pronuncia definitiva per appropriazione indebita di determinati beni aziendali e successiva azione per bancarotta fraudolenta per distrazione degli stessi beni, in quanto, pur trattandosi di fattispecie tra loro strutturalmente diverse, i rispettivi elementi costitutivi danno luogo ad un reato complesso ex art. 84 c.p., che determina l'assorbimento del reato di appropriazione indebita in quello di bancarotta<sup>14</sup>.

11. Cass., sez. VI, 5 ottobre 2016 n. 48691.

12. Cass., sez. VI, 16 dicembre 2016 n. 7605 e, conformemente, in materia di associazione mafiosa, Cass., sez. V, 9 dicembre 2010 n. 4554.

13. Cass., sez. V, 21 ottobre 1999 n. 13261.

14. Cass., sez. V, 29 ottobre 2014 n. 48743 e Cass., sez. V, 18 novembre 2008 n. 4404.

### 3. Litispendenza e *ne bis in idem*

Esigenze di razionalità del sistema processuale e di tutela dell'individuo, hanno permesso di attribuire di recente alla norma di cui all'art 649 c.p.p. una portata di carattere generale, con riflessi su ogni situazione caratterizzata dalla coesistenza di più giudizi a carico della medesima persona relativi agli stessi fatti.

Il principio generale al quale si riferisce la norma di cui all'art 649 c.p.p. esprime il concetto di consunzione (*ne bis in idem sit actio*). Una volta usata, l'azione penale esaurisce la propria carica, sicchè non può essere nuovamente promossa, per lo stesso fatto e contro la stessa persona nei cui confronti un processo sia già stato definito, oppure, sia pendente, in qualunque fase o grado<sup>15</sup>.

È di estremo rilievo, sul punto, la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, n. 34655 del 28 settembre 2005, che ha dato avvio ad una profonda riflessione in merito all'applicabilità del divieto di un secondo giudizio, oltre la portata letterale della norma contenuta nell'art. 649 c.p.p.

Ha chiarito, infatti, il Supremo Consesso che per i processi (1) che hanno ad oggetto il medesimo fatto (2) attribuito alla stessa persona, (3) introdotti ad iniziativa del medesimo ufficio del pubblico ministero, (4) devoluti alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria, il Giudice adito per ultimo deve dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale in applicazione del principio (generale) del *ne bis in idem*.

*“Insuperabili esigenze di ordine logico e sistematico impongono di ritenere che lo stesso ufficio del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale in relazione ad una determinata imputazione non possa successivamente promuovere un nuovo processo contro la stessa persona per il medesimo fatto, per la semplice ragione che, restando immutati i termini oggettivi e soggettivi della regiudicanda, è definitivamente consunto il potere di azione di cui quell'ufficio è titolare. (...) I caratteri salienti del giusto processo prefigurato dall'art. 111 della Costituzione, richiedono non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata del processo e della parità delle parti, ma sottendono, altresì, il diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fat-*

15. NORMANDO, Il valore gli effetti e l'efficacia del giudicato penale, in *Procedura penale SPANGHER*, Trattato VI, 1, 38.

to. È evidente, inoltre, che un sistema che non riconoscesse al divieto del bis in idem il carattere di principio generale dell'ordinamento, potrebbe dischiudere la via a prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio "abuso del processo", perché idonee a vulnerare la regola dell'immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l'ordine processuali ... La preclusione conseguente alla consumazione del potere di azione non può non determinare la dichiarazione di improvvisabilità dell'azione penale, quale epilogo necessitato del secondo processo, restando, così, confermata l'enunciazione del principio per cui le condizioni di procedibilità non si esauriscono in quelle espressamente enumerate nel titolo III del Libro V del codice di procedura penale (C. cost. n. 318 del 2001). Di talché al secondo giudice non resta che pronunciare sentenza di non doversi procedere a norma dell'art. 529 c.p.p."

Tali principi di diritto sono stati, poi, ribaditi dal Supremo Consesso con le recenti sentenze n. 37670 del 5 luglio 2012 secondo cui "se vi è pendenza presso la medesima sede giudiziaria di un processo per gli stessi fatti e nei confronti degli stessi imputati, il giudice del dibattimento relativo al processo instaurato da ultimo, investito della litispendenza, deve statuire sul punto e non può, invece, sospendere il processo, che va definito con sentenza di improcedibilità" e n. 24594 del 10 Dicembre 2014, per la quale "non può essere promossa azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo sia già pendente nella stessa sede giudiziaria".

Nelle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di sedi giudiziarie diverse si applicano le disposizioni sui conflitti positivi di competenza. Ha, però, recentemente statuito il Tribunale di Chieti nella Sezione distaccata di Ortona che non vi è diversità di ufficio giudiziario nella ipotesi che i due procedimenti pendano tra la sede principale e quella secondaria, applicando i ben noti principi espressi dalla giurisprudenza in tema di competenza, secondo cui si tratta di mera ripartizione degli affari all'interno del medesimo ufficio giudiziario<sup>16</sup>.

In definitiva, la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. determina una vera e propria improcedibilità dell'azione, con la conseguenza

16. Sent. Trib Ortona 563/2018 del 19 aprile 2018, estensore De Ninis,

che il Giudice deve pronunciare sentenza di non doversi procedere *ex art 529 c.p.p.*, o di non luogo a procedere *ex art 425 c.p.p.* (a seconda che intervenga in dibattimento o alla udienza preliminare), ovvero, se l'azione penale non sia stata esercitata, decreto di archiviazione per improponibilità dell'azione stessa, su conforme richiesta del pubblico ministero.

#### 4. Rilevabilità del divieto

Trattandosi di vizio attinente alla legittimità del processo in quanto tale, non pare dubbio che rilevare il *bis in idem* rientri tra i poteri d'ufficio del giudice<sup>17</sup>.

Secondo la giurisprudenza, tuttavia, l'*officium iudicis* non si estenderebbe alla prova, sicchè sarebbe onere della parte interessata dimostrare al giudice la esistenza del giudicato preclusivo, producendo la sentenza e tutti gli atti necessari ad accertare la identità del fatto<sup>18</sup>.

La dottrina prevalente respinge tale tesi, rilevando che sia il giudice a dover accertare *ex officio* gli estremi della preclusione<sup>19</sup>.

Va, comunque, notato che il Giudice è tenuto a dichiarare la improcedibilità quando la prova della condizioni di procedibilità è insufficiente o contraddittoria, ai sensi e per gli effetti dell'art 529, comma 2, c.p.p.

La eccezione può essere sollevata e/o rilevata dal giudice in ogni stato e grado del processo, nel procedimento principale, davanti al giudice di appello, ovvero davanti alla Corte di Cassazione.

In definitiva, il divieto di *bis in idem* processuale, che preclude la reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sulla identica *res iudicanda*, risponde, innanzitutto, ad esigenze di razionalità e funzionalità di sistema e non consente di infrangere la "quiete penalistica" della persona già giudicata in via definitiva, che è assistita da una garanzia processuale *ad hoc* che ne garantisce la sottrazione alla pretesa punitiva

17. Enciclopedia de Diritto, Giuffrè, voce *Ne bis in idem*, Rafaraci, p. 864, con citazione Cordero, *Procedura penale*, 1987, 1068.

18. Cass., sez. V, 29 gennaio 2007, in Ced, n. 236259

19. Enciclopedia de Diritto, Giuffrè, voce *Ne bis in idem*, Rafaraci, p. 865, con citazione Corbi-Nuzzo, *Guida Pratica alla Esecuzione Penale*, Torino, 2003.

dello stato: esso rientra nel novero dei principi generali dell'ordinamento del quale il giudicante non può prescindere quale referente in sede di interpretazione logico – sistematica secondo quanto stabilito dall'art. 12, comma 2, disp. prel. c.c.<sup>20</sup>.

Pertanto, il *ne bis in idem* processuale va ritenuto come “una garanzia ad personam che assicura la certezza del diritto meramente soggettivo”<sup>21</sup>, ed opera limitatamente alla specifica qualità di imputato, tanto che “colui che in tale veste risulti già giudicato ben potrà, ad esempio, essere convenuto in un secondo giudizio sull'*idem factum* come responsabile civile”<sup>22</sup>.

## 5. Decisioni ad effetto preclusivo

Anche se, nel disposto dei co. 1 e 3 dell'art. 648, il concetto di irrevocabilità è riferito alle sole sentenze pronunciate in giudizio ed ai decreti penali di condanna, secondo l'indirizzo predominante, il divieto si estende alle sentenze predibattimentali, a quelle che definiscono il giudizio abbreviato e che applicano la pena su richiesta, nonché alle ordinanze che statuiscono su diritti o su determinate situazioni giuridiche con il carattere della definitività<sup>23</sup>. Trattasi di quella qualità, propria della sentenza, che dopo la sua emanazione, per l'esaurirsi dell'esercizio della potestà decisoria, sottrae all'organo della giurisdizione la possibilità di tornare sulla decisione<sup>24, 25</sup>. L'effetto preclusivo è riconosciuto alla sentenza che dichiara estinto il reato, non potendosi configurare, neppure in via ipotetica, la sopravvenienza di presupposti per un nuovo esercizio dell'azione penale<sup>26</sup>.

20. Rinaldi-Gaito, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio Penale* 2017, 1.

21. Ceresa Castaldo, *Esecuzione*, in *Compendio procedura penale*, Conso-Grevi-Bargis, Padova, 2017, 1107.

22. Dean, *L'Esecuzione penale*, in *Procedura penale*, Torino, 2012, 859.

23. In tale senso, Ceresa-Castaldi, *Esecuzione*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2008, 970.

24. Cass., sez. V, 29 gennaio 1992, Rapelli, RP 1992, 949 e Cass., sez. V, 6 dicembre 1993, Andretta, CP 1995, 1278.

25. Cass., sez. I, 2 dicembre 1999, Paparello, CED 214695 e Cass., sez. III, 18 gennaio 1994, Bignami, CP 1994, 2455.

26. Cass., sez. VI, 24 gennaio 1997, Previtara, CED 207728.

Analogamente, le sentenze meramente processuali di improcedibilità precludono, salva la deroga dell'art. 345 c.p.p., un nuovo processo per lo stesso fatto, ancorché diversamente considerato per titolo, grado o circostanze<sup>27</sup>.

Per espresso disposto normativo, invece, il principio del *ne bis in idem* non si applica alla sentenza di non luogo a procedere emessa sull'erroneo presupposto della morte dell'imputato (art. 69, co. 2), al decreto di archiviazione, alla sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, nei quali è stata dichiarata la mancanza di una condizione di procedibilità, quando, in un momento successivo ne è accertata l'esistenza (art. 345). Il divieto non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto contro la medesima persona se in seguito è accertata la esistenza in vita dell'imputato o è proposta querela<sup>28</sup>.

Inoltre, è stato ritenuto abnorme il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio per l'esistenza di un precedente giudicato, anziché provvedere a sensi dell'art. 649 c.p.p.,<sup>29</sup> ma non anche il decreto di archiviazione, perché non è ipotizzabile un obbligo per il p.m. di esercitare l'azione penale al solo fine di instaurare un processo che dovrà terminare con la formula di non doversi procedere per precedente giudicato<sup>30</sup>.

La regola che impone l'obbligo di emettere sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere subisce eccezione qualora la sussistenza di due decisioni, tra loro in contrasto, sullo stesso fatto – sentenza gravata ed altra divenuta irrevocabile – si rileva in sede di giudizio davanti alla Corte di cassazione. In questo caso la Corte, anziché emettere sentenza di proscioglimento, a sensi dell'art. 649, co. 2, dispone (art. 620, co. 1, lett. h, e 621) l'esecuzione della sentenza più favorevole all'imputato ed annulla, senza rinvio, l'altra.

Va, infine, rilevato che la dichiarazione di improcedibilità per precedente giudicato, prevale sulla declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione<sup>31</sup>.

27. Enciclopedia de Diritto, Giuffrè, voce *Ne bis in idem*, p. 867, con richiamo a De Luca, *Giudicato*.

28. Cass. pen., sez. I, 23.10.2013, Ammannati, CED 258714.

29. Cass. pen., sez. III, 28.5.1996, p.m. in c. Poloni, CED 204728.

30. Cass. pen., sez. V, 12.12.1991, Cittaro, CP 1994, 1880.

31. Cass. pen., sez. V, 19.3.2003, Spanò, D Gius 3, 23, 106.

**6. Il *Ne bis in idem* allo stato degli atti: a) *ne bis in idem* cautelare; b) nel procedimento di esecuzione; c) nel giudizio di sorveglianza e d) nel procedimento di prevenzione**

Il divieto di un nuovo processo assume, con la valenza extraprocessuale, che fa divieto di avviare un nuovo procedimento, quella di regola endoprocessuale, come impedimento all'emissione, nello stesso processo, di più provvedimenti, anche non irrevocabili, dipendenti l'uno dall'altro. Questa regola, per effetto di una comune *ratio* è applicabile, nelle procedure di cognizione, nel *processum libertatis*, nel procedimento di esecuzione, in generale, in ogni forma d'impugnativa, di riesame, di revoca di provvedimenti rispetto ai quali assume la funzione di garanzia dell'osservanza della tassatività delle impugnazioni e dei relativi termini assoluti di decadenza<sup>32</sup>.

a) Lo schema concettuale del *ne bis in idem* è adoperato oramai pacificamente per scongiurare una illimitata reiterazione di decisioni sullo stesso tema nei frastagliati snodi della vicenda cautelare. La giurisprudenza riscontra le condizioni per l'applicazione del divieto di *bis in idem*, con limitato valore preclusivo endoprocessuale, nelle decisioni emesse a conclusione dei procedimenti incidentali e speciali. Le ordinanze, non impugnate e quelle, rispetto alle quali si sono esauriti i diversi gradi di impugnazione, acquistano la caratteristica dell'irrevocabilità che, parimenti alla cosa giudicata, non consente, nella immutazione dei fatti, la continua ripresentazione di istanze volte ad ottenere la revoca o la modifica di una decisione non più soggetta a impugnativa e la ripetizione di provvedimenti della stessa specie<sup>33</sup>. Al principio consegue, per le parti, l'impossibilità di riproporre richieste di revoca, avverso una decisione, non più soggetta ad impugnazione, per il giudice, l'impossibilità di reiterare un provvedimento cautelare o di revocarlo. La reiterazione della misura viola il principio del *ne bis in idem* ogni qual volta è motivata non su risultanze nuove, prima non valutate, ma sul riesame, nel merito, di quelle già ritenute insussistenti o insufficienti. b) Secondo la prevalente giurisprudenza, nei provvedimenti emessi

32. ANGELO GIARDA e GIORGIO SPANGHER, i quali, nell'opera *Codice di Procedura penale Commentato*, richiamano, a loro volta, TONINI.

33. Cass. sez. un., 19 dicembre 2006, L., CP 2007, 9, 3229 e Cass., sez. III, 6.11.2002, Raso, CED 223553.



nei procedimenti di esecuzione, pur non potendosi parlare di formazione del giudicato, trattandosi di decisioni formulate allo stato degli atti, l'effetto preclusivo si realizza, ai sensi dell'art. 666, co. 2, richiamato dall'art. 678, allorché una nuova istanza, priva di elementi di novità, rispetto ad altra in precedenza divenuta irrevocabile per mancanza di apposita impugnazione, è ripresentata<sup>34</sup>. Non è consentito proporre nuovo incidente di esecuzione, fondato sui medesimi presupposti di fatto e di diritto,<sup>35</sup> in particolare, di quello precedente respinto, avverso un provvedimento definitivo di cumulo di pena<sup>36</sup> o che ha dichiarato inammissibile l'istanza volta ad ottenere l'applicazione della continuazione<sup>37</sup>.

In sostanza, il provvedimento del Giudice dell'esecuzione, una volta divenuto formalmente irrevocabile, preclude una nuova decisione sullo stesso oggetto, non già in maniera assoluta e definitiva, ma *rebus sic stantibus*, finché cioè non si prospettino nuovi dati di fatto o nuove questioni giuridiche, per tali intendendosi non solo gli elementi sopravvenuti, ma anche quelli preesistenti dei quali non si sia tenuto conto nella decisione anteriore.

c) Ad analoghe conclusioni si deve pervenire in tema di procedimento di sorveglianza, essendosi, rilevato che l'ordinanza conclusiva di tale procedimento ha natura sostanziale di sentenza, con la ovvia conseguenza che passa in giudicato quando sia esaurita o non esperita l'impugnazione prevista dalla legge. È indubbio, ad esempio, che l'ordinanza definitiva di diniego della liberazione anticipata, ex art. 54, l. 26.7.1975, n. 354, è provvedimento intangibile, rimovibile solamente per via straordinaria, come le sentenze e i decreti penali di condanna divenuti, irrevocabili. Tuttavia è consentito in una successiva decisione, ferma la intangibilità delle valutazioni precedentemente espresse, il riesame del complessivo comportamento dell'istante alla stregua delle circostanze sopravvenute favorevoli alla concessione del beneficio e tali da eliminare gli elementi negativi risultanti dalla precedente decisione<sup>38</sup>.

34. Cass., sez. I, 23.3.1994, Chianetta, CED 196861 e Cass., sez. I, 16.6.1993, Esposito, CP 1994, 2218.

35. Cass., sez. I, 11.3.2009, Cat Berro, CED 243810 e Cass., sez. I 15.2.2000, Sinibaldi, CP 2001, 928.

36. Cass., sez. I, 27.7.1992, Martino, CED 191466.

37. Cass., sez. I, 22.2.1994, Lo Casto, CED 196544.

38. Cass., sez. un., 28 aprile 2011 n. 34091.

d) Il principio della intangibilità del giudicato si estende anche ai provvedimenti definitivi in materia di misure di prevenzione, ma opera, anche in questo caso, unicamente con riferimento a situazioni oggettive considerate nella statuizione e non impedisce l'esame di nuove e diverse circostanze, emerse successivamente o sopravvenute, che non abbiano formato oggetto della precedente decisione, anche se storicamente anteriori ad essa<sup>39</sup>.

I provvedimenti in tema di misure di prevenzione sono *ex lege* revocabili e modificabili, anche *in pejus*, per i fatti sopravvenuti<sup>40</sup>. Nulla, tuttavia, sembra escludere una revoca con effetti *ex tunc*, a condizione che nuovi elementi di giudizio dimostrino l'assenza dei presupposti per applicare la misura<sup>41</sup>. Devesi, infine, considerare inapplicabile il principio del divieto di *bis in idem* tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, in quanto il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una "condizione" personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, mentre il presupposto tipico per l'applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato, accertato secondo le regole tipiche del processo penale<sup>42</sup>.

## 7. Il conflitto pratico di giudicati

Nel caso in cui si formino due o più giudicati *de aedem re et persona* uno soltanto dei due è possibile mettere esecuzione (c.d. conflitto pratico di giudicati).

Soccorre sul punto l'art 669 c.p.p., il quale prevede come questione sul titolo esecutivo l'attività giurisdizionale deputata a riscontrare tale fenomeno ed a rimediarevi attraverso la revoca di tutte, tranne una, delle

39. *ex multis*, Cass. sez. I, 27 ottobre 2017 n. 53625 e Cass., sez. I, 15 luglio 2016 n. 47233.

40. cfr. art. 7 comma 2, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, nel testo introdotto dall'art. 15 lett. B) l. 26 marzo 2001, n. 128.

41. Cass., sez. I, 21 settembre 2006, Sgabelli ed altri, in Cass. pen., 2007, 4316 secondo cui "il principio del *ne bis in idem* è applicabile anche in sede di prevenzione, ma la preclusione del giudicato per *rebus sic stantibus* e non preclude l'esame di nuove e diverse circostanze, siano esse sopravvenute, anteriori o emerse successivamente, essendo consentita irrogazione di una nuova misura di prevenzione quando sia ancora in atto quella precedentemente disposta".

42. Da ultima, Cass., sez. VI, 06 ottobre 2015 n. 44608.

decisioni in conflitto. Competente in materia è il giudice dell'esecuzione individuato *ex art* 669, comma 4, c.p.p. (quello che ha "*emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo*"), il quale procede nelle forme del contraddittorio stabilite dall'*art.* 666 c.p.p.

Quanto alla sentenza da eseguire in concreto, l'*art.* 669 è sostanzialmente ispirato al criterio del *favor rei*, con la conseguenza che il giudice, in presenza di una pluralità di condanne per lo stesso fatto, "*ordina la esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre*" (*art.* 669, comma 1, c.p.p.), salva in ogni caso la possibilità del condannato di scegliere quale sentenza mettere in esecuzione (*art.* 669, comma 1, c.p.p.); i successivi commi 3 e 4 indicano nel dettaglio, secondo una precisa successione normativa, quale condanna sia da ritenere meno grave.

Nel caso in cui concorrano una sentenza di condanna o un decreto penale ed una sentenza di proscioglimento prevale in ogni caso la sentenza di proscioglimento, anche se successiva (*art.* 669, comma 8, c.p.p.).

Goffredo Tatozzi

\*\*\*\*\*

## Nel doppio binario sanzionatorio

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le fonti normative di riferimento e la nozione di sanzioni amministrative sostanzialmente penali. — 3. La saga del diritto delle corti sul *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio.

### 1. Premessa

L'analisi del principio del *ne bis in idem* consente di percepire fino in fondo le intime connessioni esistenti tra il piano del diritto sostanziale (che privilegia una visione statica ed astratta del fenomeno giuridico) ed il piano del diritto processuale (che si caratterizza per un approccio

dinamico e concreto al fatto da giudicare). Entrambe le prospettive concorrono ad offrire al “penalista” gli strumenti di lavoro e delimitano il perimetro entro il quale deve muoversi il suo ragionamento per giungere ad una corretta qualificazione del caso concreto.

Del resto, il principio del *ne bis in idem* viene declinato sia nella sua dimensione *sostanziale*,<sup>43</sup> regolata dal fenomeno del concorso apparente di norme e, quindi, dal principio di specialità (ex art. 15 c.p. e art. 9 l. 689/1981), sia in quella *processuale*, dove vige il divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto nei confronti dello stesso imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili (ex art. 649 c.p.p.).

Inoltre, è opportuno evidenziare che i problemi interpretativi sul tema sono aggravati, da un lato, dalla superfetazione normativa che ha determinato un accumulo di sanzioni (penali ed amministrative) convergenti sullo stesso fatto (si pensi agli illeciti tributari, a quelli ambientali, oppure a quelli concernenti l’abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni di mercato); dall’altro, dalla necessità di prevenire un’applicazione del doppio binario penale/amministrativo contrastante con il diritto convenzionale e dell’Unione Europea (ex art. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE) così come interpretato dalle Corti europee (Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte di Giustizia UE) e nazionali (Corte Costituzionale e Corte di Cassazione).

Infatti, anche la materia penale non sfugge al fenomeno dell’europeizzazione che impone al giurista contemporaneo, collocato all’interno di un ordinamento giuridico complesso, un costante confronto tanto con la legislazione quanto con la giurisdizione<sup>44</sup>.

43. Sul *ne bis in idem sostanziale* cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Cedam 2001, p. 492 e ss. Secondo l’Autore: “Equità e certezza sono adeguatamente soddisfatte dal principio generale del *ne bis in idem sostanziale* che in tutte le ipotesi di concorso di norme vieta di addossare più volte lo stesso fatto all’autore. (...) Oltre ad esprimere un’elementare esigenza razionale ed equitativa, il *ne bis in idem sostanziale* costituisce un operante principio di diritto positivo. (...) Ed è desumibile da una fitta rete di dati legislativi, costituiti dagli art. 15, 84, 61 e 62 prima parte, 68, 131, 170, 301, 581, e dalle copiose clausole di riserva contenute nella parte speciale del codice ed in leggi speciali. Dati che risolvono già espressamente la maggior parte dei casi di concorso di norme nel senso dell’assorbimento”.

44. Cfr. V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente” appunti di “deontologia ermeneutica”*, pubblicato il 17.1.2018 in *Diritto Penale Contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)); per ulteriori approfondimenti sistematici, si v. G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discor-*

## 2. Le fonti normative di riferimento e la nozione di sanzioni amministrative sostanzialmente penali

**2.1.** Come noto, il concorso di norme penali incriminatrici ed illeciti di natura amministrativa è disciplinato dall'art. 9 dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, rubricato *Principio di specialità*, che al primo comma così dispone: *“Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale.”*

*so sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla “sentenza Melloni”, in Criminalia annuario di scienze penalistiche 2013, p. 301 e ss., edizioni ETS. La rilevanza pratica, l'interesse scientifico e l'intensità del dialogo tra le Corti sono plasticamente resi dalla saga Taricco avviata con la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco con la quale era stato affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli art. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Per far fronte alle dirompenti ricadute sul versante interno in termini di tenuta del principio di legalità dei reati e delle pene (nei requisiti di prevedibilità determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile) la Corte di Cassazione, terza sezione penale, e la Corte d'appello di Milano avevano investito della questione la Corte Costituzionale che con l'ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017 (in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) dove la decisione conta ben 39 commenti), anziché esercitare i “controlimiti” ha disposto “di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea” le questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE. E così la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo è tornata nuovamente sul caso con la sentenza del 5 dicembre 2017 (c.d. Taricco 2) dichiarando che “L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.”*

Pertanto, anche nel caso di concorso tra reati e sanzioni amministrative, per stabilire se ci trova di fronte ad un concorso apparente oppure ad un concorso eterogeneo di illeciti di natura diversa, è necessario procedere ad un confronto strutturale tra le diverse fattispecie tipiche astratte apparentemente convergenti sullo stesso fatto senza passare per la mediazione del caso concreto<sup>45</sup>.

L'operatività del principio di specialità nei casi di doppio binario sanzionatorio, da utilizzare come criterio guida per evitare di incorrere nel divieto di *bis in idem* (sostanziale) è espressamente ribadita nell'ambito del diritto penale tributario dall'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000 secondo il quale: *"1. Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale. 2. Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato."*<sup>46</sup>

45. Sul concorso tra fattispecie penali e violazioni amministrative, si rinvia alla chiara e sintetica ricostruzione che si legge nella sentenza delle **Sezioni Unite** della Suprema Corte, (ud. 28-10-2010, dep. 21-01-2011) n. 1963/2011 della cui motivazione appare opportuno riportare i seguenti passaggi: *"Il concorso di norme tra fattispecie penali e violazioni amministrative (e quello tra norme che prevedono violazioni amministrative) è invece disciplinato dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 9, in base al quale se uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa si applica la disposizione speciale. (...) Altrettanto rilevante è, nel testo dell'art. 9, la differenza rispetto all'art. 15 c.p., laddove, invece di parlare di "stessa materia", si fa riferimento allo "stesso fatto". Non è però da ritenere che con questa formula il legislatore abbia inteso fare riferimento alla specialità in concreto dovendosi al contrario ritenere che il richiamo sia fatto alla fattispecie tipica prevista dalle norme che vengono in considerazione evitando quella genericità che caratterizza l'art. 15 c.p., con il riferimento alla materia. Valgono infatti, nel caso di concorso tra fattispecie penali e violazioni di natura amministrativa, le medesime considerazioni in precedenza espresse sulla necessità che il confronto avvenga tra le fattispecie tipiche astratte e non tra le fattispecie concrete. Il che, del resto, è confermato dal tenore dell'art. 9 che, facendo riferimento al "fatto punito", non può che riferirsi a quello astrattamente previsto come illecito dalla norma e non certo al fatto naturalisticamente inteso. Orientamento condiviso anche dalla Corte costituzionale che, nella sentenza 3 aprile 1987, n. 97 – pronunciata proprio sul tema del concorso tra fattispecie di reato e violazione di natura amministrativa e con riferimento alla disciplina prevista dalla l. n. 689 del 1981, art. 9, comma 1, – ebbe ad osservare che per risolvere il problema del concorso apparente "vanno confrontate le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente inteso".*

46. Per un'applicazione concreta di tali principi ed una compiuta analisi del rapporto fra l'illecito amministrativo di cui al d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 13, comma 1, e l'illecito

La norma, collocata in uno dei terreni più fertili della duplicazione sanzionatoria, ci consente di specificare un dato tanto ovvio quanto fondamentale: requisito necessario di ogni ipotesi di *bis in idem* (sostanziale) è che lo stesso “fatto” sia addebitabile al medesimo autore.

penale di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 10-ter, cfr. Cass. pen. sez. un. n. 37424 del 2013 della quale si ritiene utile riportare i seguenti passaggi motivazionali: “Con l’introduzione del d.lgs. 74 del 2000, art. 10-ter (così come con quella dell’art. 10-bis) non si è, invece, formalmente determinata la sostituzione di un regime sanzionatorio ad un altro, ma si è aggiunta, alla generale previsione delle fattispecie di illecito amministrativo di cui al d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 13, comma 1 (rimasto in vigore), comprendenti l’omesso versamento, alle previste scadenze mensili (o trimestrali), del debito IVA, la previsione di una specifica fattispecie penale, ruotante sì nell’ambito dello stesso fenomeno omissivo ma ancorata a presupposti fattuali e temporali nuovi e diversi. In questo caso, quindi (come in quello dell’art. 10-bis), non si pone un problema di successione di norme sanzionatorie, bensì una questione di eventuale concorso apparente di norme (penale ed amministrativa), ed è una questione che, evidentemente, non riguarda solo l’anno 2005 ma anche gli anni successivi. Detto concorso è regolato dal principio di specialità, quale previsto in generale nella l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 9, comma 1, (cfr. sez. 6, n. 11395 del 01/10/1993, Bellone, Rv. 196065) (...) e che trova specifica espressione, nella materia in esame, nel d.lgs. 74 del 2000, art. 19, comma 1. Per stabilire se nel caso in esame si è in presenza di un concorso apparente o effettivo di norme, si tratta, dunque, di verificare se le norme sanzionatorie concorrenti riguardino o meno lo “stesso fatto”. La risposta a tale quesito è negativa. Entrambi gli illeciti concorrenti, invero, sono illeciti omissivi propri, integrati dal mero mancato compimento di un’azione dovuta. Com’è noto, gli elementi costitutivi dell’illecito omissivo (di mera condotta) sono: a) i presupposti, cioè la situazione tipica da cui sorge l’obbligo di agire; b) la condotta omissiva (non facere quod debetur); c) il termine, esplicito o implicito, alla cui scadenza l’inadempimento dell’obbligo assume rilevanza e si consuma l’illecito. (...) Come si vede, pur nella comunanza di una parte dei presupposti (compimento di operazioni imponibili comportanti l’obbligo di effettuare il versamento periodico dell’IVA) e della condotta (omissione di uno o più dei versamenti periodici dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dalla presentazione della dichiarazione annuale IVA, richiesta per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell’omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l’assunzione di rilevanza dell’omissione, fissato, per l’illecito amministrativo, al giorno sedici del mese successivo a quella di maturazione del debito mensile IVA, e coincidente, per l’illecito penale, con quello previsto per il versamento dell’acconto IVA relativo al periodo di imposta successivo. Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto fra i due illeciti in termini, non di specialità, ma piuttosto di “progressione”: la fattispecie penale – secondo l’indirizzo di politica criminale adottato in generale dal d.lgs. 74 del 2000 (su cui v. in particolare C. cost., Sent. n. 49 del 2002) – costituisce in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest’ultima (senza almeno una violazione del termine periodico non si possono evidentemente determinare i presupposti del reato), la arricchisce di elementi essenziali (dichiarazione annuale, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l’applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali (in riferimento alla

2.2. Alla normativa interna si aggiungono: l'art. 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che prevede il *Diritto di non essere giudicato o punito due volte*: “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” (art. 4, comma 1, prot. 7 CEDU); l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) che ribadisce il *Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*: “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”.

Ebbene, la concreta operatività del diritto a non essere giudicato o punito due volte (*ne bis in idem processuale*) passa per il confronto

*presentazione della dichiarazione annuale IVA e al protrarsi della condotta omissiva), che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo (v., per un analogo precedente di esclusione della specialità – in tema di rapporto tra la fattispecie penale prevista dal d.lgs. n. 74 del 2000, art. 10-quater, relativa all'omesso versamento, in misura superiore a Euro cinquantamila per ciascun periodo di imposta, di somme dovute, derivante dall'utilizzo in compensazione di crediti non spettanti o inesistenti, e la sanzione amministrativa prevista dal d.l. 29 novembre 2008, n. 185, art. 27, comma 18, convertito dalla l. n. 2 del 2009, dell'utilizzo in compensazione di crediti inesistenti per il pagamento delle somme dovute – sez. 3, n. 42462 del 11/11/2010, Ragosta, Rv. 248753). Da quanto sopra discende che la presenza della previsione dell'illecito amministrativo di cui al d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 13, comma 1, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, in riferimento allo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 10-ter. La circostanza che in tal modo un fatto integrante uno o più illeciti minori (omissione di uno o più versamenti periodici per un ammontare complessivamente superiore a Euro cinquantamila) assurga, in punto di fatto, a presupposto dell'illecito maggiore, richiedente a sua volta ulteriori requisiti e caratterizzato da un diverso tempo di realizzazione, non appare motivo sufficiente per escludere la concorrente applicazione di entrambi gli illeciti. La conclusione così assunta in ordine al rapporto sussistente, in via generale, fra le disposizioni in discorso non si pone in contrasto né con l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, né con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sanciscono il principio del ne bis in idem in materia penale. Anzitutto, invero, nella specie, come si è visto, non si può parlare di identità del fatto; in ogni caso, poi, il principio suddetto si riferisce solo ai procedimenti penali e non può, quindi, riguardare, l'ipotesi dell'applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa tributaria (in tal senso, espressamente, Corte di giustizia UE, 26/02/2013, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson).”*



del fatto umano colto nella sua componente naturalistica (c.d. *idem factum*) oggetto di “contestazione” nei confronti del medesimo soggetto (persona fisica o giuridica, alla luce della disciplina della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche ex d.lgs. n. 231/2001).

L'importanza del requisito dell'identità della persona fisica o giuridica sottoposta alla duplicazione del giudizio è stata ribadita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza della sez. IV del 5 aprile 2017, n. 217/15) che ha dichiarato: “*L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.*”

**2.3.** Infine, è necessario evidenziare che la portata applicativa di tali disposizioni è estesa anche alle c.d. **sanzioni amministrative sostanzialmente penali** ovvero a quelle sanzioni che, pur rivestendo secondo l'ordinamento interno natura amministrativa, presentano caratteri sostanzialmente penali secondo la definizione del diritto vivente.

Più precisamente, per evitare di fornire definizioni dal valore “normativo”, si preferisce riportare sul punto quanto si legge nella sentenza n. 43 del 2017 della Corte Costituzionale: “*La qualificazione giuridica formalmente attribuita a una sanzione dall'ordinamento nazionale è, per la Corte europea, solo uno degli indicatori di cui tener conto per stabilire l'ambito e il confine della materia penale. Ciò che per il diritto interno non è pena, può invece esserlo per la giurisprudenza sovranazionale. Ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione, sono infatti riconducibili alla materia penale (secondo quanto affermato a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi, par. 82) tutte quelle sanzioni che, pur se non qualificate come penali dagli ordinamenti nazionali, sono rivolte alla generalità dei consociati; perseguono uno scopo non meramente risarcitorio, ma*

*repressivo e preventivo; hanno una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità.*"<sup>47</sup>

47. Con questa sentenza la Corte Costituzionale ha escluso l'estensione del rimedio della rimozione del giudicato nel caso di illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale" sulla base della seguente motivazione: "*In sintesi, nella giurisprudenza della Corte europea non si rinviene, allo stato, alcuna affermazione che esplicitamente o implicitamente possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 della CEDU nel significato elaborato dal giudice rimettente, tale da esigere che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime. Ne consegue la non fondatezza della denunciata violazione degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma, cost. (...) 4.1. – L'intervento additivo richiesto dal giudice rimettente di estendere la portata applicativa della disposizione censurata anche alle ipotesi di sanzioni che, seppur qualificate come amministrative dal diritto interno, assumono natura convenzionalmente penale, poggia su un erroneo presupposto: ossia, che le garanzie previste dal diritto interno per la pena – tra le quali lo stesso art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 nell'interpretazione consolidata nel diritto vivente – debbano valere anche per le sanzioni amministrative, qualora esse siano qualificabili come sostanzialmente penali ai (soli) fini dell'ordinamento convenzionale. Viceversa, come si è detto poco sopra, l'ordinamento nazionale può apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle convenzionali, riservandole alle sole sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno. In tale contesto di coesistenza, e non di assimilazione, tra le garanzie interne e quelle convenzionali, si pone dunque la peculiare tutela di cui all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, e la sua applicazione alle sole ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di norme penali, e non anche di norme amministrative. 4.2. – La portata dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, è stata estesa dalla consolidata giurisprudenza di legittimità includendovi anche le norme penali sanzionatorie, in un sistema normativo che prevede una fase esecutiva della sanzione, non ancora esaurita al momento della sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale. In un tale contesto, garante della legalità della pena è il giudice dell'esecuzione, cui compete di ricondurre la pena inflitta a legittimità (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 29 maggio 2014, n. 42858). Evidente risulta la differenza rispetto alle sanzioni amministrative qui in discussione, in cui sia la loro comminatoria sia la relativa fase esecutiva obbediscono a principi affatto differenti, in cui il giudice preposto è investito della sola cognizione del titolo esecutivo. L'incomparabilità delle situazioni a confronto non solo comporta l'infondatezza della censura ex art. 3 cost., ma evidenzia anche le ragioni di infondatezza della censura sollevata in riferimento all'art. 25, secondo comma, cost. 4.3. – È pur vero che questa Corte ha, occasionalmente (sentenze n. 104 del 2014, n. 196 del 2010, richiamate dalla recente n. 276 del 2016), riferito il parametro di cui all'art. 25, secondo comma, cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto. Ma lo ha fatto limitatamente al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura «è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (sentenza n. 276 del 2016), e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino. Diverso è il problema, posto dalla odierna ordinanza di rimessione, dell'applicabilità alle sanzioni amministrative di tutte le garanzie previste dalla legge*

In altri termini, sempre facendo nostre le parole usate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 43 del 2017, “la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in diverse occasioni (decisioni 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Paesi Bassi*; 21 febbraio 1984, *Öztürk contro Germania*; 1 febbraio 2005, *Ziliberberg contro Moldavia*) ha affermato la natura sostanzialmente penale, ai fini dell’applicazione delle garanzie del giusto processo (di cui all’art. 6 CEDU), di sanzioni pur formalmente qualificate come amministrative nell’ordinamento interno degli Stati, purché sia riscontrata la presenza di almeno uno dei criteri (**cosiddetti criteri Engel**): la norma che commina la sanzione amministrativa deve rivolgersi alla generalità dei consociati e perseguire uno scopo preventivo, repressivo e punitivo, e non meramente risarcitorio; la sanzione suscettibile di essere inflitta deve comportare per l’autore dell’illecito un significativo sacrificio, anche di natura meramente economica e non consistente nella privazione della libertà personale.”

Si tratta di criteri tra loro alternativi e non cumulativi che prendono atto dell’inesistenza di differenze ontologiche tra reati (spesso contravvenzionali) ed illeciti amministrativi. Basti pensare che tra la pena pecuniaria (multa e/o ammenda) e la sanzione amministrativa pecuniaria (spesso di importo maggiore rispetto alla sanzione penale) non vi sono differenze sostanziali riducendosi entrambe nel pagamento di una somma di denaro; così come nessuna differenza sul piano dell’afflittività si rinviene nelle sanzioni accessorie (si pensi alla confisca)<sup>48</sup>.

*per le sanzioni penali. Nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall’art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall’ordinamento interno. Sotto questo profilo deve, infatti, ricordarsi che questa Corte ha, anche di recente, ribadito «l’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale» (sentenza n. 49 del 2015), considerando legittima la mancata estensione agli illeciti amministrativi di taluni principi operanti nel diritto penale, sulla considerazione che «[t]ali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi» (sentenza n. 193 del 2016). La qualificazione degli illeciti e la conseguente sfera delle garanzie, circoscritta ad alcuni settori dell’ordinamento ed esclusa per altri, risponde, dunque, a «scelte di politica legislativa in ordine all’efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati» (sentenza n. 193 del 2016), sindacabili da questa Corte solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio.»*

48. Sulla natura ‘sostanzialmente penale’ della confisca per equivalente ex art. 187 *sexies* del d.lgs. n. 58/1998 (Testo unico della disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), cfr. Cass. civ., sez. II, Ord. 14 settembre 2017 (dep. 29 dicembre 2017), n. 31143 con nota di A.

In conclusione, possiamo affermare che, per effetto del principio del primato del diritto dell'Unione e dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno al diritto dell'Unione da parte del giudice nazionale,<sup>49</sup> la categoria delle *sanzioni amministrative sostanzialmente penali* è entrata a far parte degli strumenti di lavoro del giurista moderno.

### 3. La saga del diritto delle Corti sul *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio

#### 3.1. Il primo capitolo della "saga" in esame si è consumato con la Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) del 4 marzo 2014,

CHIBELLI, *la Cassazione 'torna alla carica': di nuovo alla consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Rivista trimestrale n. 1/2018 ([www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)).

49. Cfr. **C. cost. Sent. n. 109 del 2017**: "*Nell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima (sentenze n. 68 del 2017, n. 276 e n. 36 del 2016). In tale attività, egli incontra, tuttavia, il limite costituito dalla presenza di una legislazione interna di contenuto contrario alla CEDU: in un caso del genere – verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme, e non potendo disapplicare la norma interna, né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la Convenzione e, pertanto, con la Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, cost. – deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di tale parametro costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 150 del 2015, n. 264 del 2012, n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009).*" Nella citata decisione la Corte Costituzionale ha affrontato il tema dell'**irretroattività delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali** sottoposto al Suo controllo nel corso di un giudizio penale avente ad oggetto il delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali previsto dall'art. 2, comma 1-bis, del d.l. 12 settembre 1983, n. 463 (depenalizzato in violazione amministrativa laddove nel 2016). In particolare, il giudice rimettente aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale degli art. 8, commi 1 e 3, e 9 del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 8 (Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67), in riferimento agli art. 3, 25, secondo comma, e 27 della Costituzione. In precedenza, il rapporto tra il c.d. principio di retroattività favorevole e la disciplina delle sanzioni amministrative era stato già affrontato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 193 del 2016 (cfr., A. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Rivista trimestrale n. 3/2016 ([www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it))).

nel caso Grande Stevens e altri c. Italia, con la quale la Seconda Sezione decise sui ricorsi n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010. Senza addentrarci nella complessa vicenda giudiziaria sul caso finanziario Fiat-Ifil (analiticamente descritta in sentenza), sarà sufficiente ricordare che i ricorrenti avevano sottoposto al controllo della Corte di Strasburgo la disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato sia per violazione del diritto a un equo processo (*ex art. 6 §1 CEDU*), sia per violazione del diritto a non essere giudicati o puniti due volte (art. 4 del Protocollo n.7). In particolare, per quanto di specifico interesse in questa sede, il medesimo fatto (diffusione della comunicazione al mercato inviata alla CONSOB *ex art. 114, comma 5, d.lgs. n. 58/1998, in seguito t.u.f.*), era stato oggetto di un doppio giudizio: un procedimento amministrativo nel corso del quale era stata accertata la violazione dell'art. 187 *ter* t.u.f. (rubricato *manipolazione del mercato*) con applicazione delle relative sanzioni; un procedimento penale per il delitto previsto dall'art. 185 t.u.f. (pure rubricato *manipolazione del mercato*).

Ebbene, nella Sentenza Grande Stevens, dopo aver ribadito la validità dei c.d. criteri Engel al fine di stabilire la sussistenza di una "*accusa in materia penale*" a sensi dell'art. 6 § 1 CEDU (cfr. § 94 della decisione), si è specificato che la *natura* penale dell'illecito è integrata da uno scopo *preventivo e repressivo* e non meramente riparatorio di un danno finanziario, concludendo per il carattere penale delle sanzioni amministrative applicate nel caso concreto.

Quanto poi alla dedotta violazione del divieto di un secondo giudizio, la *valutazione della Corte* si legge nei § 219 e seguenti: "*l'art. 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo «illecito» nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi*"; a tal fine, "*la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 *ter* e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta*" (così, § 224).

Applicando tali criteri la Corte ha concluso che nel caso concreto si trattava "*chiaramente di una unica e stessa condotta da parte delle stesse persone alla stessa data ... la nuova azione penale riguardava un secondo «illecito» basato su fatti identici a quelli che avevano motiva-*

to la prima condanna definitiva”; constatazione sufficiente per ritenere integrata la violazione del divieto di *bis in idem*<sup>50</sup>.

3.2. Senonché, i presupposti applicativi della garanzia convenzionale sono stati sensibilmente ridimensionati dalla stessa Corte di Strasburgo nella sentenza resa dalla Grande Camera il 15 novembre 2016 nel caso A e B c. Norvegia<sup>51</sup>.

Infatti, la Corte EDU – dopo aver ribadito la validità della nozione di *idem facto* (ovvero: la commissione di un unico fatto materiale indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica) e quella dei criteri *Engel* – ha escluso la violazione del *ne bis in idem* in materia tributaria laddove tra i due procedimenti sussista una “*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*” (“sufficiently close connection in substance ad time”).

In particolare, come si legge nella sentenza della Suprema Corte di Cassazione Sezione III Penale n. 6993/18 (ud. 22.9.17, dep. 14.2.18) che sul punto ripropone i medesimi paragrafi della sentenza della Grande Camera A e B c. Norvegia evidenziati da Francesco Viganò nell’articolo citato sub nota 9: “*La Corte di Strasburgo ha, così, chiarito che in linea di principio l’art. 4 prot. 7 CEDU “non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive (come l’evasione fiscale) che si articolano – nella cornice di un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché le plurime risposte sanzionatorie non comportino un sacrificio eccessivo per l’interessato, con il conseguente onere per la Corte di verificare se la strategia adottata da ogni singolo Stato comporti una violazione del divieto di ne bis in idem, oppure sia, al contrario il “prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell’illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel*

50. Per ulteriori spunti di riflessione si consiglia la lettura dell’Opinione in parte concordante e in parte dissenziente dei giudici Karakas e Pinto de Albuquerque stesa in calce alla sentenza Grande Stevens ed in particolare dei § 24 e seguenti relativi alla *limitata applicabilità del principio del ne bis in idem nel caso di una condanna definitiva ad una sanzione amministrativa* che si concludono affermando che il sistema italiano del doppio binario non fornisce adeguata garanzia al diritto di non essere giudicati due volte per gli stessi fatti.

51. Per una autorevole analisi dei temi trattati dalla decisione e delle questioni aperte dal *revirement*, cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, 18.11.2016 in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.dirittopenalecontemporaneo.it).

*quadro di una strategia unitaria” (§ 122). Non sarebbe, infatti, possibile dedurre dall’art. 4 prot. 7 un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa (ancorchè qualificabile come “sostanzialmente penale” ai fini delle garanzie dell’equo processo) per quei fatti di evasione fiscale in cui è possibile, altresì, perseguire e condannare penalmente il soggetto, in relazione a un elemento ulteriore rispetto al mero mancato pagamento del tributo, come una condotta fraudolenta, alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura “amministrativa” (§ 123). Nella prospettiva di un equilibrato bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli collettivi, la Corte ha dunque valorizzato il criterio della “sufficiently close connection in substance and time” ricavato da parte della propria precedente giurisprudenza (§ 125).*

*Secondo la Corte EDU, la disposizione convenzionale non esclude lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché essi appaiano connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta, e purché esistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili (§ 130), verificando gli scopi delle diverse sanzioni e dei profili della condotta considerati, la prevedibilità della duplicità delle sanzioni e dei procedimenti, i correttivi adottati per evitare “per quanto possibile” duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova e, soprattutto la proporzionalità complessiva della pena (§ 133).”*

Pertanto, facendo applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo la Corte di Cassazione – a fronte di un medesimo fatto di evasione fiscale che aveva dato origine sia ad un procedimento penale per i reati di cui agli art. 2 ed 8 del d.lgs. n. 74/2000 che ad un procedimento amministrativo all’esito del quale erano state applicate consistenti sanzioni pecuniarie – ha escluso la violazione del *ne bis in idem* (ex art. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE)<sup>52</sup> ritenendo sussistente proprio “quel-

52. “Anche il richiamo all’art. 50 del TFUE e al principio convenzionale del *ne bis in idem* nel diritto della UE da parte della Corte di Giustizia non è fondato. Ed invero, le norme della Convenzione dei Diritti dell’Uomo si applicano sempre nell’interpretazione data dalla Corte Edu e, dunque, anche la Corte di Giustizia, in applicazione dell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’unione Europea, che ingloba il diritto convenzionale nel diritto Eurounitario, applica le norme convenzionali nell’interpretazione data dalla Corte Edu con la conseguenza che, tenuto conto dell’interpretazione sopra richiamata dalla recente pronuncia A. e B. Norvegia, non ricor-

*la stretta connessione temporale tra i due procedimenti che costituisce l'elemento per ritenere che le due sanzioni irrogate possano essere considerate quali parti di un unico sistema sanzionatorio adottato da uno Stato per sanzionare la commissione di un fatto illecito."*

In altri termini, l'operatività del divieto di *bis in idem* nel caso di doppio binario sanzionatorio viene rimessa alla discrezionalità del giudice nazionale che dovrà valutare la sussistenza nel singolo caso concreto della "*sufficiently close connection in substance ad time*" tra i due procedimenti (paralleli o consecutivi) sulla base di criteri elastici se non addirittura ambigui<sup>53</sup>.

Sul punto, nel tentativo di ricercare punti fermi che ci consentano di ritrovare l'orientamento, si ritiene opportuno citare la sentenza n. 43 del marzo 2018 della Corte Costituzionale con la quale è stata restituita al

*rono i presupposti per sollevare una questione pregiudiziale di compatibilità della norma interna ai sensi dell'art. 267 TFUE. 8. Il secondo motivo di ricorso, al limite dell'inammissibilità per la proposizione di censure di fatto dirette a richiedere una rivalutazione del materiale probatorio, non consentita in questa sede, è comunque manifestamente infondato." (Cass. sez. III n. 6993/18).*

53. Segnatamente: "*La valutazione, da parte della Corte, circa la sussistenza di tali requisiti dovrà, in particolare, tener conto ad esempio dei fattori seguenti: – se i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto ma anche in concreto – profili diversi della medesima condotta antisociale; – se la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta; – se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare "per quanto possibile" ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una "adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento"; – e, infine, se la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena (§ 133). La Corte precisa inoltre – riprendendo una distinzione già formulata in *Jussila c. Finlandia* a proposito del diritto all'equo processo ex art. 6 CEDU – che il rischio di un *bis* contrario alla garanzia convenzionale sarà tanto meno rilevante in quanto il procedimento amministrativo concerna illeciti estranei al "nucleo duro" del diritto penale, e pertanto non associati ad alcun particolarmente significativo stigma sociale; mentre sarà destinata ad accentuarsi laddove il procedimento amministrativo assuma in concreto cadenze stigmatizzanti simili a quelle del processo penale (§ 133). Infine, la Corte insiste sulla necessità che tra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologica. Ciò non implica, invero, che essi debbano essere condotti in maniera necessariamente e strettamente parallela; ma rende più probabile la violazione convenzionale, in relazione all'entità del pregiudizio subito dall'individuo, allorché la possibilità di un secondo procedimento sanzionatorio lo esponga a una perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte (§ 134)." (così, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit.)*



mittente (Tribunale di Monza) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli» sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU<sup>54</sup>.

Ebbene, la Corte Costituzionale, ritenuta la questione ammissibile, in quanto sollevata nel giugno del 2016 (prima della sentenza della Corte EDU A e B c. Norvegia) quando era da escludersi la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme della norma censurata, ribadito ancora una volta che *“Le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli addizionali vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007), che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata (sentenza n. 49 del 2015)”*, ha analizzato gli effetti sul piano del rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale di quella che definisce una vera e propria *“svolta giurisprudenziale”* della Corte di Strasburgo.

Per effetto del *“nuovo sviluppo”* impresso alla materia dalla Corte EDU, la Corte Costituzionale ha disegnato un nuovo volto alla materia, come risulta dalla lettura dei seguenti passaggi:

– *“Il ne bis in idem convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una “close connection” è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro.”*;

54. Il rimettente giudicava un imputato per il reato previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 74/2000 per avere omesso di presentare la dichiarazione dell'anno 2008 relativa all'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) e all'imposta sul valore aggiunto (IVA), al fine di evadere tali imposte per un importo superiore alla soglia di punibilità. La medesima omissione costituisce illecito tributario ed era sanzionata in via amministrativa, ai sensi degli art. 1, comma 1, e 5, comma 1, del d.lgs. n. 471/1997. A tale titolo l'imputato era già stato destinatario di una sanzione amministrativa pari al 120 per cento di entrambe le imposte evase.

- *“Inoltre neppure si può continuare a sostenere che il divieto di bis in idem convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all’entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all’applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di bis in idem pienamente operante.”;*

- *“ciò che il divieto di bis in idem ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell’attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate.”;*

- È chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di bis in idem, rispetto al quadro esistente al tempo dell’ordinanza di rimessione. In sintesi può dirsi che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l’uno dall’altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell’oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un’unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all’entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata.

Pertanto, mentre prima di A e B c. Norvegia l’autonomia dei due procedimenti (penale ed amministrativo) *“escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di bis in idem”*, oggi *“pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l’applicazione del divieto di bis in idem”*.

In via di sintesi, sembra a chi scrive che neppure la sentenza della Corte Costituzionale sia riuscita a fornire punti fermi, pur confermando l’attuale tendenza delle Corti a restringere gli spazi applicativi del divieto di *bis in idem* nei casi di doppio binario sanzionatorio.

**3.3.** L’ultimo atto del dialogo tra le Corti in materia si è consumato con le tre sentenze della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, del 20

marzo 2018 emesse nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16). Tutte e tre le decisioni sono state generate da rinvii pregiudiziali *ex art. 267 TFUE* aventi ad oggetto i rapporti tra il diritto eurounitario (art. 50 CFDUE, “*letto alla luce dell’articolo 4 del protocollo n. 7 alla CEDU*”) e doppio binario sanzionatorio italiano (rispettivamente in materia di omesso versamento di IVA, manipolazione del mercato ed abuso di informazioni privilegiate), promossi dai giudici nazionali prima della pronuncia A e B c. Norvegia.

Provando una difficile sintesi, si può sostenere che la Corte di Lussemburgo non si discosta dalle nozioni in precedenza già illustrate relative alla “*natura penale dei procedimenti e delle sanzioni*” (sanzioni amministrative sostanzialmente penali) ed all’esistenza di “*uno stesso reato*” (*idem factum*)<sup>55</sup>.

Infatti, da un lato, si afferma che ai fini della valutazione della natura penale “*sono rilevanti tre criteri*” e precisamente: “*Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell’illecito ed il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l’interessato rischia di incorrere*” (§ 26 sentenza Menci, § 28 sentenza Garlsson); dall’altro, che “*il criterio rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di uno stesso reato è quello dell’identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze*

55. Sui rapporti tra CEDU e diritto dell’Unione nella sentenza Garlsson Real Estate SA la Corte di Giustizia così precisa: “*sebbene, come confermato dall’articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU facciano parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali e sebbene l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta disponga che i diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU abbiano lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla suddetta Convenzione, quest’ultima non costituisce, fintantoché l’Unione Europea non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento giuridico dell’Unione (sentenze del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44, nonché del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 45 e giurisprudenza ivi citata). 25 Secondo le spiegazioni relative all’articolo 52 della Carta, il paragrafo 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, “senza che ciò pregiudichi l’autonomia del diritto dell’Unione e della Corte di giustizia dell’Unione Europea” (sentenze del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 47, e del 14 settembre 2017, K., C-18/16, EU:C:2017:680, punto 50 e giurisprudenza ivi citata). 26 Di conseguenza, l’esame della questione sollevata deve essere condotto alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e, in particolare, del suo articolo 50 (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, Orsi e Baldetti, C-217/15 e C-350/15, EU:C:2017:264, punto 15 e giurisprudenza ivi citata).*

*concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato ... Inoltre, la qualificazione giuridica, in diritto nazionale, dei fatti e l'interesse giuridico tutelato non sono rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza di uno stesso reato, considerato che la portata della tutela conferita dall'art. 50 della Carta non può variare da uno Stato membro all'altro" (§ 35 e 36 sentenza Menci, § 37 e 38 sentenza Garlsson).*

Tuttavia, la Corte di Giustizia riproponendo sul punto la propria Giurisprudenza ha statuito che *"una limitazione del principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell'articolo 52, paragrafo 1, della medesima"*; e che *"ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. A termini del secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui."* (§ 40 e 41 sentenza Menci, § 42 e 43 sentenza Garlsson).

Prima di concludere, data la rilevanza che sono destinate ad assumere in materia le tre recenti decisioni della Corte di Giustizia si ritiene utile fornire al lettore, ormai stanco da tanta abbondanza di fonti di riferimento, i singoli "P.Q.M." delle sentenze del 20 marzo 2018:

I) sentenza Menci: *"1) L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, purché siffatta normativa*

*– sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari,*

– contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti, e

– preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti.

2) Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso.”

II) sentenza Garlsson Real Estate:

“1) L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente 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 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.

2) 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.”;

III) sentenza Di Puma: “L'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), letto alla luce dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli

*abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati.*<sup>56</sup>

### Conclusioni

Alla luce di fonti normative e giurisprudenziali di riferimento in continua evoluzione, risulta che dovrà essere il giudice nazionale, nel singolo caso concreto, a verificare preliminarmente se il doppio binario sanzionatorio rispetti il principio di specialità (e non sia quindi il frutto avvelenato di un caso di concorso apparente di norme). In secondo luogo, dovrà valutare se la duplicazione del procedimento (penale/amministrativo) sia conforme al “*principio di proporzionalità*” (non eccedendo la gravità del reato accertato ed i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti); risponda ad “*un obiettivo di interesse generale*”; presenti un “*carattere strettamente necessario*” previsto da “*norme chiare e precise che consentano a un soggetto di comprendere quali atti e omissioni possono costituire oggetto di un tale cumulo di procedimenti e sanzioni*” (§ 49 sentenza Menci, § 51 sentenza Garlsson).

56. In questo giudizio la questione pregiudiziale era stata sollevata dalla Cassazione Civile Sezione II nei seguenti termini: “1) Se l'articolo 50 della [Carta] vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali. 2) Se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 della [Carta], debba tener conto dei limiti di pena posti dalla direttiva [2014/57]”. In particolare, sulla prima questione la Corte di Lussemburgo ha osservato: “se è pur vero che la prima questione riguarda l'interpretazione dell'articolo 50 della Carta, il giudice del rinvio si interroga, segnatamente, quanto alla compatibilità dell'articolo 654 del CPP con l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6 e il diritto fondamentale garantito da detto articolo 50. Secondo detto giudice, un'interpretazione in forza della quale detto articolo 14, paragrafo 1, imporrebbe, nonostante il principio del *ne bis in idem*, di proseguire un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria anche a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione dotata dell'autorità di cosa giudicata potrebbe mettere in questione il principio dell'autorità di cosa giudicata, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 654 del CPP.”

Ecco allora che si espande ulteriormente la rilevanza della motivazione e con essa del ragionamento probatorio alla cui costruzione dovrà contribuire l'avvocato sia nella fase istruttoria che in quella del successivo controllo da parte delle Corti.

Concludendo, spetta all'avvocatura il fondamentale compito di prevenire il rischio di una "anarchia conoscitiva"<sup>57</sup> ed evitare che il libero e convinto convincimento del giudice (anche in punto di verifica della sussistenza dei presupposti operativi del divieto di *bis idem sostanziale e processuale*) si trasformi in arbitrio, garantendo così la tenuta del sistema di legalità.

Gregorio Equizi

\*\*\*\*\*

## Nel diritto internazionale

L'ordinamento processual-penalistico interno non conosce, in via generale, il principio del *ne bis in idem* internazionale, e cioè un generico e incondizionato diritto a non essere processati e condannati in Italia per fatti per cui si è già stati giudicati in uno Stato estero.

Ne è prova l'art. 11 c.p., che riconosce il diritto dello Stato italiano ad esercitare il proprio potere punitivo nei confronti del cittadino o dello straniero già giudicato all'estero per reati commessi nel territorio italiano e, nel caso di specifica richiesta del Ministero della giustizia, anche per reati commessi all'estero dotati di particolare offensività (art. 7, 8, 9 e 10 c.p.).

«L'ordinamento italiano, come quelli della maggior parte degli Stati moderni, si ispira infatti ai principi della territorialità ed obbligatorietà generale della legge penale, secondo i criteri stabiliti dell'art. 6 c.p. e segg., prevedendo, in particolare, la punibilità anche dei delitti comuni commessi all'estero, sia da cittadini sia da stranieri, quando

57. L'espressione è di G. DE LUCA, in *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, Giuffrè 1993, *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I.

il reo sia presente nel territorio italiano, nei casi e alle condizioni indicate negli art. 9 e 10. In dette ipotesi è infatti prevista dal diritto interno la possibilità di rinnovamento del giudizio, indipendentemente dall'esito del processo già svoltosi all'estero, la cui sentenza, anche di proscioglimento, non ha efficacia preclusiva all'applicazione della legge penale italiana. Questi principi, a cui si informano entrambe le disposizioni dell'art. 11 c.p., commi 1 e 2, hanno una obiettiva giustificazione nella difforme realtà della disciplina penale e processuale penale nei diversi ordinamenti giuridici positivi (C. cost., 08/04/1976, n. 69)<sup>58</sup>.

Il principio del *ne bis in idem* è valido, insomma, per quanto attiene al diritto interno, ma non nei rapporti con gli altri Stati, essendo esso controbilanciato dall'art. 11 co. 1 c.p., che è espressione di una precisa scelta di politica legislativa fondata sul principio di sovranità e di universalità della legge penale, espressa già nella relazione preliminare al vigente codice penale, nella quale si spiega che «in niun caso e per nessun titolo può essere riconosciuta alla sentenza del giudice straniero efficacia preclusiva all'applicazione della legge italiana e quindi all'esercizio della nostra giurisdizione» (Rel., 1°, 42).

Accanto a tale precisa opzione normativa del legislatore codicistico si è però formata, nel corso degli ultimi decenni, una stratificazione di trattati internazionali che permette oggi di affermare che, a determinate condizioni, sia vietata in Italia la nuova celebrazione del giudizio ancora pendente o già conclusosi all'estero per il medesimo fatto.

A tal riguardo occorre, innanzitutto, sgombrare il campo da un equivoco, pure manifestatosi nella giurisprudenza di merito<sup>59</sup>: il principio del *ne bis in idem* non fa parte dei principi generalmente riconosciuti dagli Stati, e dunque sarebbe erroneo affermare che è nella consuetudine che esso trovi la propria fonte<sup>60</sup>. E, non facendo parte il principio

58. Cassazione penale, sez. I, 5.4.2013, n. 20464, § 3.1, in tema di rapporti tra Italia ed Albania.

59. Ci si riferisce a Corte d'Assise di Teramo, Sent. 23.12.2015, Pres. Spinosa, Est. Prudenzeno, Imp. L., già pubblicata su questa rivista con nota di Anna Valvo (P.Q.M. III/2015, p. 143); ma anche a Corte d'Assise di Trieste, Sent. 9.11.2012, imp. S.S. (poi annullata da Cass. pen., sez. I, 12.6.2014, n. 29664).

60. Cassazione penale, sez. I, 5.4.2013, n. 20464, cit.; ma v. pure Cassazione penale, sez. I, 3.7.1997, n. 4625; Cassazione penale, sez. V, 29.5.1998, n. 3362 (interessante poiché affronta il



– e le regole che lo incarnano sotto il profilo sostanziale e processuale – delle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», non lo si può ritenere vigente ai sensi dell'art. 10 cost.

L'attenzione dell'interprete, allora, non può che spostarsi ai trattati, unica altra fonte – come è noto – del diritto internazionale: sono essi, infatti, ad imporre allo Stato italiano il rispetto del principio con riferimento alle sentenze emesse negli altri Stati contraenti.

Partendo dall'ordinamento euro-unitario, il principio del *ne bis in idem* è affermato sin dal 1987.

Con la “Convenzione tra gli Stati Membri della Comunità Economica Europe (C.E.E.) relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*” sottoscritta il 25.5.1987 a Bruxelles e ratificata con la l. n. 350/1989 si è infatti previsto che «una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno stato membro non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro stato membro, a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello stato di condanna, non possa più essere eseguita». L'operatività del principio, oltre ad essere sottoposta alla già stringente condizione dell'esecuzione della pena (compiuta od iniziata) o dell'impossibilità di una sua esecuzione, veniva peraltro esclusa anche in ulteriori (e rilevanti) casi, in virtù della scelta dello Stato italiano di applicare le limitazioni facoltative di cui all'art. 2 della convenzione<sup>61</sup>.

caso di una precedente condanna emessa dalla Germania, ritenuta irrilevante nell'ordinamento italiano ai fini dell'applicazione del principio in questione in quanto la Germania stessa non aveva ancora ratificato il trattato di Schengen); Cassazione penale, sez. I, 5.2.2004, n. 12953 («la giurisprudenza di questa Corte è univocamente orientata nel senso che, a norma dell'art. 11 c.p., nell'ordinamento giuridico italiano non vige il principio del *ne bis in idem* internazionale e che, dunque, il processo celebrato all'estero nei confronti del cittadino italiano non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per lo stesso fatto»); Cassazione penale, sez. I, 12.6.2014, n. 29664, cit.

Nella giurisprudenza locale v. Tribunale di Pescara, Ord. 25.10.2016, g.u.p. Sarandrea, Imp. C., inedita.

61. «Uno Stato membro può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione, dichiarare di non essere vincolato dall'articolo 1 in uno o più dei casi seguenti:

a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio, in tutto o in

Nel 1997, poi, il principio ha trovato la sua completa attuazione in ambito euro-unitario con la “Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell’Unione Europea” (26.5.1997), il cui art. 10 – rubricato per l’appunto “*ne bis in idem*” – riproponeva il precetto della convenzione del 1987, con gli stessi limiti applicativi, a cui però lo Stato Italiano questa volta implicitamente rinunciava.

La legge di ratifica, infatti, e cioè la l. n. 176/2000, non conteneva alcun riferimento ai casi in cui – sin dal 1987 – il principio non veniva applicato, limitandosi al recepimento *tout court* delle disposizioni pattizie.

La legislazione della C.E.E., prima, e dell’UE, poi, ha continuato ad implementare gli istituti applicativi del principio, soprattutto ai fini esecutivi<sup>62</sup>, sino a giungere alla promulgazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza), che all’art. 50 enuncia il principio in maniera chiara e precisa, ma sempre con l’ovvio riferimento ai soli processi già celebratisi in uno Stato membro (e non altrove).

Parallelamente allo sviluppo della legislazione euro-unitaria, lo Stato italiano ha stipulato trattati anche in seno ad altre organizzazioni internazionali, sicché ad oggi il principio in esame si applica anche con riferimento a procedimenti svoltisi in Stati esteri diversi da quelli facenti parte dell’UE: agli Stati membri del Consiglio d’Europa, tutti firmatari della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) e dei protocolli ad essa allegati, ed a quelli contraenti l’accordi di Schengen.

Il protocollo n. 7 della CEDU, sottoscritto il 22.11.1984, enuncia infatti all’art. 4 il principio in esame, addirittura definito inderogabile

parte. In questo ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello Stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata;

b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quello Stato membro;

c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quello Stato membro in violazione dei doveri del suo ufficio».

62. Ci si riferisce al Programma di misure per l’attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (G.U.C.E. 2001/C 12/02 del 15.1.2001); all’art. 3 della decisione quadro del Consiglio dell’UE relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedura di consegna tra gli Stati (G.U.C.E. n. 190/2002); ed al punto 5 della decisione quadro del Consiglio dell’UE relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell’Unione Europea (n. 2008/909/GAI, recepita dal d.lgs. n. 161/2010).

(al co. 3) pure nei casi di urgenza previsti dall'art. 15 della Convenzione (guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione)<sup>63</sup>.

L'accordo di Schengen, invece, contiene all'art. 54 una disposizione sostanzialmente identica a quella delle prime convenzioni euro-unitarie, prevedendo che «una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o che sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o secondo la legge della parte contraente di condanna non possa più essere eseguita».

La pronuncia (di assoluzione o condanna) pronunciata in uno Stato contraente, quindi, preclude la rinnovazione del giudizio, purché – però – il provvedimento dell'autorità straniera abbia le specifiche caratteristiche meglio chiarite dalla giurisprudenza interna innestata sulla questione.

Esso, per spiegare l'effetto preclusivo di un nuovo giudizio in Italia, in primo luogo, non deve essere precario (revocabile), ma dev'essere definitivo: deve cioè «estinguere definitivamente l'azione penale»<sup>64</sup>.

L'autorità che ha emesso il provvedimento (p.m. o giudice), poi, deve aver compiuto un qualche accertamento di merito sul fatto<sup>65</sup>, essen-

63. Rimanendo però legittima «la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta» (art. 4 co. 2).

64. «Non possono essere considerati preclusivi tutti i provvedimenti precari, assimilabili alla nostra archiviazione, suscettibile di revoca in seguito al provvedimento di riapertura delle indagini e dunque non inquadrabili come provvedimenti che “estinguono definitivamente” l'azione penale (Cass. sez. 2, n. 22566 del 08/05/2014 Ud., Rv. 259584; Cass. sez. 1 n. 19947 del 05/05/2010, Rv. 247556; Cass., sez. 5, 11/11/2008, n. 7687; Cass., sez. 1, 2/02/2005, n. 10426). Può dunque essere affermato il principio che per riconoscere efficacia preclusiva ad un provvedimento dell'autorità estera occorre che questo estingua definitivamente l'azione penale, nulla rilevando, in coerenza con le indicazioni offerte dalla Corte di giustizia dell'Unione (sentenza dell'11.2.2003, nelle cause riunite C-187/01 e C-385/01) che tale provvedimento sia emesso da un giudice piuttosto che del pubblico ministero; [e] l'onere di dimostrare l'idoneità preclusiva del provvedimento invocato incombe tuttavia sull'interessato»; così Cassazione penale, sez. II, 4.12.2014, n. 4115 §§ 1.2, 1.3.

65. Cassazione penale, sez. II, 22.2.2007, n. 7385, per cui il principio opera anche nel caso in cui sia intervenuta una pronuncia di archiviazione emessa dell'Autorità giudiziaria estera, «a condizione però che il soggetto interessato adempia all'onere di dimostrare [...] che con il provvedimento di archiviazione è stato compiuto un apprezzamento nel merito circa l'infondatezza

do a tal fine irrilevante la circostanza formale per cui il provvedimento emesso sia – per usare le categorie processual-penalistiche italiane – un decreto di archiviazione o una sentenza di non luogo a procedere<sup>66</sup>: ciò che conta è il contenuto del provvedimento.

*Riccardo Di Girolamo*

della notizia di reato, con conseguente giudizio di non colpevolezza, suscettibile di passaggio in cosa giudicata e di esplicitare pertanto un'efficacia preclusiva all'instaurazione di altro giudizio».

66. Tale ultimo profilo, oggetto di dibattito giurisprudenziale negli anni passati, sembra ormai definitivamente chiarito a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell'UE, sez. IV, 5 giugno 2014, C-398/12, che ha precisato (pur con riferimento al solo trattato di Schengen) che «l'art. 54 deve essere interpretato nel senso che una decisione di non luogo a procedere che osta, nello Stato contraente in cui tale decisione è stata emessa, a un nuovo procedimento penale per i medesimi fatti contro la stessa persona che ha beneficiato di detta decisione, salvo sopravvenienza di nuovi elementi a carico di quest'ultima, deve essere considerata una decisione che reca sentenza definitiva, ai sensi di tale articolo, e che preclude pertanto un nuovo procedimento contro la stessa persona per i medesimi fatti in un altro Stato contraente».

# L'unione civile

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Natura e *ratio* dell'istituto. 3. Presupposti, modalità di costituzione, cause impeditive, di invalidità e di scioglimento. 4. Diritti e doveri. 5. Comparazione con il regime legale del matrimonio.

## 1. Premessa

Sono trascorsi ormai due anni e mezzo dall'entrata in vigore della legge n. 76/2016, denominata "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", che ha istituito l'unione civile tra persone del medesimo sesso<sup>1</sup>.

Il provvedimento in esame ha colmato una grande lacuna avvertita a vario livello specie negli ultimi tempi<sup>2</sup> ed assume una notevole portata giuridica, politica e sociale, giacché per la prima volta ha inserito e disciplinato nel nostro paese due nuovi istituti: l'unione civile tra persone dello stesso sesso e la convivenza di fatto tra un uomo ed una donna, o tra due persone del medesimo sesso.

1. La legge 20 maggio 2016, n. 76 (cd. legge Cirinnà), approvata al termine di un dibattito parlamentare lungo e difficoltoso, è stata pubblicata sulla G.U. del 21 maggio 2016 ed è entrata in vigore il 5 giugno 2016. Da quella data ad oggi si sono registrate oltre 6000 unioni civili con un trend di forte crescita negli ultimi mesi.

2. Una regolamentazione delle unioni civili fra le persone dello stesso sesso era ormai divenuta indifferibile, dopo le ultime condanne emesse nei confronti dell'Italia da parte della Corte europea diritti dell'uomo, la quale aveva affermato che sussiste una violazione dell'art. 8 CEDU, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata e familiare, da parte dello Stato italiano, laddove non abbia ancora provveduto ad emanare una normativa diretta ad attribuire un riconoscimento giuridico a coppie omosessuali tramite la previsione di forme di unioni civili, da disciplinare discrezionalmente nel rispetto del libero margine di apprezzamento statale riconosciuto a ciascun Stato contraente nel sistema della Convenzione (cfr. Corte EDU 21 luglio 2015, n. 18766, in *Guida al diritto* 2015, 33, 110 con nota di CASTELLANETA e in *Foro it.* 2016, 1, IV, 1 con nota di CASABURI). Anche la Corte costituzionale aveva sollecitato l'adozione di una soluzione normativa per cercare di eliminare, o quantomeno ridurre, inaccettabili discriminazioni basate sull'orientamento sessuale nella costituzione di una famiglia (cfr. in particolare C. cost., 11 giugno 2014, n. 170).

La legge 20 maggio 2016, n. 76 ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'unione civile. La legge come approvata si compone di un unico articolo, suddiviso in 69 commi, dei quali quelli da 1 a 35 disciplinano l'unione civile<sup>3</sup>.

Tale tecnica legislativa desta non poche perplessità per le difficoltà interpretative connesse alla presenza di un solo articolo, con tanti commi privi peraltro di relativa rubrica, il che rende la comprensione delle norme certamente meno agevole.

Con l'approvazione dei tre decreti legislativi attuativi, avvenuta il 14.01.2017, è stato completato il percorso normativo e ordinamentale della legge che è, dunque, uscita dal regime transitorio.

Diversamente rispetto a quanto previsto da altri ordinamenti, anche di Paesi aderenti all'Unione Europea, il legislatore italiano invece di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha ritenuto di creare un nuovo istituto giuridico sull'archetipo di quello presente nell'ordinamento tedesco introdotto sin dal 2001<sup>4</sup>.

Già prima della legge n. 76 una pronuncia della Suprema Corte aveva ritenuto che la mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso non determinasse una lesione dei parametri integrati della dignità umana e dell'uguaglianza<sup>5</sup>.

3. Il testo originario del disegno di legge n. 2081, antecedente al c.d. maxi-emendamento approvato dapprima dal Senato e poi dalla Camera dei deputati, si componeva di due capi: il primo dedicato alle unioni civili ed il secondo alla disciplina della convivenza di fatto, per complessivi 23 articoli.

4. È opportuno ricordare a riguardo che la Corte EDU, pur riconoscendo anche alle persone dello stesso sesso il diritto a contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 CEDU, ha tuttavia rimesso alla discrezionalità dei singoli Stati il potere di legiferare in materia, con la specificazione che anche all'unione same sex deve comunque essere accordata la tutela della vita familiare ex art. 8 della medesima CEDU (Corte EDU 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria).

5. Cfr. Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Guida al diritto* 2015, 11, 44 con nota di GALLUZZO, per cui "Il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana. Da tale riconoscimento sorge l'esigenza di un trattamento omogeneo di tutte le situazioni che presentano un deficit o un'assenza di tutela dei diritti dei componenti l'unione, derivante dalla mancanza di uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento".

Questo nuovo modello di famiglia, che costituisce una rivoluzione memorabile nel panorama antropologico, sociale, culturale e giuridico del nostro paese, va analizzato sia sotto il profilo della sua natura e della *ratio*, sia come atto, con specifico riferimento ai presupposti, alle modalità di costituzione e di scioglimento, alle cause impeditive e alle cause di invalidità del vincolo, sia come rapporto, con la disamina dei diritti e dei doveri derivanti *ex lege* per entrambe le parti. Appare, poi, opportuno effettuare una comparazione tra il regime legale dell'unione civile e quello del matrimonio, evidenziandone i profili comuni e le diversità.

## 2. Natura e *ratio* dell'istituto

L'istituto dell'unione civile in base all'art. 1, comma 1 della legge n. 76/2016 è qualificato come un tipo di formazione sociale costituzionalmente rilevante ai sensi degli art. 2 e 3<sup>6</sup>.

Al pari del matrimonio determina la costituzione di uno status familiare, rispetto al quale presenta varie similitudini sotto un profilo oggettivo in virtù dei molti diritti riconosciuti e dei doveri previsti<sup>7</sup>, ma da cui si distingue sotto un profilo soggettivo di genere.

Come già accaduto con il matrimonio, la nuova legge non fornisce una definizione dell'unione civile; sulla scorta del dato normativo si

6. Secondo la Corte costituzionale per formazione sociale, ai sensi dell'art. 2 cost., deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico (così C. cost., 23 settembre 2016, n. 213).

7. L'unione civile per molti versi genera un vincolo analogo al matrimonio tant'è che impedisce a ciascuna delle parti di contrarlo, pena la configurazione del reato di bigamia di cui all'art. 556 c.p., pure ricorrente in caso di costituzione di un'unione civile da una persona già sposata con altra persona. Per Trib. Bologna, 6 luglio 2017, in Foro it. 2017, 9, I, 2852, "In primo luogo, la nuova normativa ha eletto le coppie formate da persone dello stesso sesso, ove sussistenti vincoli affettivi, al rango di "famiglia" ... Soprattutto, come ben ha messo in evidenza la Corte di Appello di Milano, nella decisione citata, la legge di nuovo conio ha confermato l'orientamento di Cassazione, con l'articolo 1 comma 20: "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'**unione civile** tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'**unione civile** tra persone dello stesso sesso".

può affermare che trattasi di una relazione ufficializzata di natura affettiva, interpersonale tra due soggetti maggiorenni dello stesso sesso, che si estrinseca in una convivenza caratterizzata da un progetto di vita comune e dall'assistenza morale e materiale reciproca.

L'unione civile è una realtà che scaturisce dalla libera scelta delle persone e si fonda su vincoli di affetto e di solidarietà, il cui consolidarsi nel tempo giustifica e legittima lo stesso vincolo giuridico.

La *ratio* della novella è rinvenibile, essenzialmente, nella necessità di **assicurare alle persone che ne fanno parte** uno strumento normativo di tutela dei loro diritti fondamentali.

Siffatta esigenza trova puntuale riscontro nello stesso Trattato dell'Unione europea<sup>8</sup>, che ha ispirato l'adozione di una legislazione sovranazionale tesa a favorire la diffusione ed il recepimento di detti principi, come dimostrano la Direttiva 2003/86 sul diritto al ricongiungimento familiare e la Direttiva 2004/38 sul diritto alla libera circolazione, che hanno consentito al partner dello stesso sesso di essere annoverato tra i familiari<sup>9</sup>. A ciò si aggiunga che negli ultimi anni l'unione civile ha incontrato un largo consenso internazionale ed ha fatto registrare varie modifiche legislative in diversi paesi<sup>10</sup>.

8. L'articolo 6, paragrafo 2) del trattato dell'Unione europea stabilisce che gli Stati membri debbano conformarsi al rispetto dei diritti fondamentali, con divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale durante l'applicazione della legge dell'UE. Pertanto, sebbene la legge dell'UE non obblighi gli Stati membri a consentire o a riconoscere le relazioni o i matrimoni tra persone dello stesso sesso, obbliga comunque gli Stati membri a trattare le coppie dello stesso sesso in maniera uguale alle coppie di persone di sesso opposto nell'applicazione della legge dell'UE (compresa nell'applicazione della legge relativa alla libera circolazione dei cittadini, alla migrazione e all'asilo).

9. In questo senso cfr. lo schema di decreto legislativo recante attuazione dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76, che delega il governo all'adozione di disposizioni di modifica e riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso in cui si legge testualmente: "La Corte di Strasburgo ha definito "artificiale" un approccio che continui ad escludere dal concetto di vita familiare le coppie dello stesso sesso stabilmente legate, con la conseguenza che i Governi sono tenuti ad assicurare il rispetto della vita familiare alle coppie omosessuali (Corte EDU, 22 luglio 2010, P.B. e J.S. c. Austria; 28 settembre 2010, J.M. c. Regno Unito)".

10. Alla legalizzazione del matrimonio omosessuale in Spagna del 2005, sono seguite le aperture in tal senso di tanti altri stati europei fino ad arrivare alla (ex) cattolicissima Francia, il cui governo ha approvato le unioni omosessuali nel 2013 e da ultimo all'Irlanda nel 2015. In Europa le unioni civili sono riconosciute in Svizzera, Austria, Germania, Ungheria, Croazia, mentre sono 14 gli Stati membri che hanno legiferato per riconoscere il matrimonio per le coppie gay.



### 3. Presupposti, modalità di costituzione, cause impeditive, di invalidità e di scioglimento

L'unione civile come atto si discosta, nella sostanza, in maniera contenuta rispetto al matrimonio civile.

L'unione civile, a norma dell'art. 1, comma 2, può essere costituita – unicamente da persone maggiorenni<sup>11</sup> dello stesso sesso – con dichiarazione resa di fronte ad un ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni<sup>12</sup> e certificata da specifico documento<sup>13</sup>. Vi è la possibilità di delegare le funzioni di ufficiale di stato civile per celebrare l'unione civile, così come avviene per il matrimonio, a consiglieri, assessori o privati cittadini che abbiano i requisiti per essere eletti consiglieri comunali<sup>14</sup>.

Il certificato di avvenuta costituzione dell'unione civile deve contenere i dati anagrafici e di residenza delle parti, il regime patrimoniale dalle stesse scelto, i dati anagrafici e di residenza dei testimoni (art. 1, comma 9) e deve essere, poi, registrato, a cura dell'ufficiale di stato civile, presso il competente archivio di stato civile comunale<sup>15</sup>. In mancanza di espressa indicazione, il regime patrimoniale è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli art. 162, 163, 164 e 166 c.c. (art. 1, comma 13).

11. Essa postula la maggiore età delle parti non essendo applicabile la disciplina autorizzatoria di cui all'art. 84, comma 2 c.c., come conferma il mancato richiamo dell'art. 165 c.c., quanto alle convenzioni matrimoniali sottoscritte dal minore. È una previsione che trova fondamento nell'intenzione di valorizzare la maturità delle persone che si accingono a costituire tale vincolo.

12. Ciò richiama alla mente la stipula degli atti solenni ai quali l'ordinamento giuridico riserva una disciplina specifica in ragione della sussistenza di interessi anche di natura generale.

13. Sotto il profilo procedurale il procedimento di costituzione dell'unione civile prevede le seguenti cinque fasi: presentazione della richiesta di costituzione; verifiche dell'ufficio; dichiarazione costitutiva; registrazione; certificazione. Non sussiste alcun vincolo in ordine alla scelta del Comune ove costituire il rapporto.

14. Cfr. T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. I, 29 dicembre 2016, n. 1791, in *Guida al diritto* 2017, 6, 35, per cui "Le unioni civili devono essere celebrate nello stesso luogo di quella nella quale vengono celebrati i matrimoni civili e dinanzi agli stessi soggetti celebranti, ovvero il sindaco o suoi delegati".

15. Con d.P.C.M. 23 luglio 2016, n. 144 è stato emanato un Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello Stato civile, ai sensi dell'art. 1, comma 34, l. n. 76/2016.

Se una delle parti è straniera si applica l'art. 116, comma 1 c.c. e occorre presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione di nulla osta dell'autorità competente del proprio paese. Sarà, invece, sufficiente il certificato di stato libero per gli stranieri provenienti da Stati nei quali l'orientamento sessuale sia causa di discriminazione e nei quali l'omosessualità è penalmente sanzionata. Il matrimonio contratto all'estero da persone dello stesso sesso produce in Italia gli effetti dell'unione civile<sup>16</sup>. Ciò vale unicamente per i cittadini italiani, mentre per lo straniero continua ad applicarsi la legge del suo Stato, in ossequio ai principi di diritto internazionale privato.

L'unione civile, al pari del matrimonio, può essere officiata in nave o in aereo se sussiste pericolo di vita.

La forma pubblica non modifica la formazione negoziale dell'istituto, atteso che il pubblico funzionario ha una mera funzione "certificativa", o "ricognitiva", della volontà delle parti. Detta manifestazione formale di volontà costituisce invero il fondamento del *consortium vitae*. Ad essa non trova peraltro applicazione, in quanto non richiamata, la speciale disciplina sulla promessa di matrimonio prevista dagli art. 79 e ss. c.c. Conseguentemente eventuali promesse circa la conclusione di un'unione civile, poi disattese, non obbligano alla costituzione della medesima e, ove ne sussistano i presupposti, potrebbero solo generare una responsabilità di tipo extracontrattuale.

Nonostante il silenzio della legge, si può ritenere che il pubblico ufficiale sia comunque tenuto a verificare che il contenuto della dichiarazione sia conforme ai principi dell'ordinamento giuridico, dunque, non sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

A differenza del matrimonio<sup>17</sup>, per le unioni civili non sono previste le pubblicazioni, né una vera e propria "celebrazione", atteso che il nuovo istituto è stato concepito come atto in cui l'ufficiale dello stato civile si limita a ricevere la dichiarazione dei costituenti, senza dare

16. Cfr. Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2018, n. 11696, in *Diritto & Giustizia* 2018, secondo cui "Deve escludersi la possibilità di trascrizione in Italia per il matrimonio omosessuale celebrato all'estero tra un cittadino italiano ed uno straniero; risulta invece possibile il riconoscimento come unione civile".

17. La celebrazione del matrimonio è necessariamente preceduta dalla pubblicazione del proposito dei nubendi, trattandosi di un passaggio funzionale all'eventuale proposizione di opposizione da parte di terzi interessati (art. 93 c.c.).

lettura di norme di legge<sup>18</sup>. Inoltre, da una esegesi letterale della legge in commento, non pare che siano necessarie formule sacramentali<sup>19</sup>, mentre è indubbio che le determinazioni dei dichiaranti debbano essere univoche.

A questo proposito va sottolineato come, al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile<sup>20</sup>. Detta disposizione non si applica alle norme del codice civile non espressamente richiamate nella legge n. 76/2016, come pure non si applica alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 in tema di disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori<sup>21</sup>. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti.

18. Per C.M. BIANCA, *Le Unioni civili e le convivenze, Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.l.g.s. n. 5/2017; d.l.g.s. n. 6/2017; d.l.g.s. n. 7/2017*, Torino, 2017, 6 e 7, "L'Ufficiale dello Stato Civile di nulla dà lettura e dunque non è latore di alcuna indicazione sugli effetti della costituzione dell'unione civile, effetti pure espressamente stabiliti nella legge n. 76/2016 (comma 11 e 12, art. 1). La scelta sembra essere stata ispirata non soltanto dall'esigenza di differenziare la costituzione delle unioni civili dal matrimonio, quasi a favorire un rito scarno e discreto, ma pure, se non soprattutto, dalla opportunità di stabilire che la dichiarazione resa nelle forme previste dal comma 2 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 sia finalizzata alla costituzione di un rapporto giuridico più che alla creazione di un'istituzione quale è la famiglia".

19. Di questo avviso è DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 legge 76/16 integrata dal d.l.g.s. 5/2017*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2017, 133.

20. Trib. Bologna, 6 luglio 2017, cit.; T.A.R. Brescia, sez. I, 29 dicembre 2016, n. 1791, cit. Le norme del codice civile espressamente richiamate sono anche quelle di diritto successorio (art. 1, comma 21), come pure oggetto di richiamo sono quelle del codice di procedura civile sui procedimenti in materia di famiglia e stato delle persone di cui al titolo II, libro IV (art. 1, comma 25) e quelle sugli ordini di protezione familiare di cui all'art. 342 *ter* c.c. (art. 1, comma 14).

21. Per C.M. BIANCA, *Le Unioni civili e le convivenze*, cit., 2, "L'applicazione all'unione civile delle sole norme del codice civile espressamente richiamate esprime la scelta fatta dalla legge di riservare all'unione civile una sua autonoma identità distinta rispetto al matrimonio. ... La scelta fatta dalla legge non consente che le norme del codice civile sul matrimonio trovino applicazione analogica all'unione civile sulla base di una supposta assimilazione dei due istituti. L'applicazione analogica di norme del codice civile non espressamente richiamate può ammettersi piuttosto quando non vi è una ragione che giustifica una diversa regola del caso".

L'insussistenza di cause impeditive dell'unione civile è espressamente prevista dall'art. 70-*bis* d.P.R. n. 396/2000, introdotto dal d.lgs. n. 5/2017.

Tra le cause impeditive figurano la sussistenza per una delle parti di un matrimonio o di un'unione civile con altra persona dello stesso sesso, l'interdizione di una delle parti per infermità di mente<sup>22</sup>, la sussistenza tra le parti dei rapporti di parentela, affinità e adozione di cui all'art. 87, comma 1 c.c., la condanna definitiva di un contraente l'unione civile per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte<sup>23</sup>.

Da ciò si evince che i requisiti soggettivi sono gli stessi richiesti per il matrimonio, vale a dire lo stato libero, necessariamente esteso pure alla mancata costituzione di preesistente unione civile con altra persona, l'insussistenza di vincoli di parentela o affinità fra le parti e l'esclusione dell'impedimento *ex delicto*.

È precipuo compito dell'ufficiale dello stato civile verificare questo requisito ai fini della costituzione dell'unione, con facoltà di acquisire d'ufficio eventuali documenti che ritenga necessari per provare l'inesistenza di impedimenti<sup>24</sup>.

Dette verifiche devono essere eseguite entro il termine massimo di trenta giorni dalla redazione del verbale di richiesta della costituzione (art. 70-*ter*, comma 1, d.P.R. n. 396/2000) e se vi è accertamento dell'insussistenza dei presupposti di legge o la sussistenza di un impedimento, l'ufficiale dello stato civile è tenuto a darne comunicazione alle parti e a non procedere alla costituzione dell'unione civile (art. 70-*ter*, comma 2, d.P.R. n. 396/2000). Inoltre, vi è l'obbligo in tal caso di informare prontamente il procuratore della Repubblica, affinché questi possa proporre opposizione alla costituzione dell'unione civile con ri-

22. Se l'istanza di interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell'unione civile e in tal caso il procedimento non può avere luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato.

23. Se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare, la costituzione dell'unione civile è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento.

24. È prevista una ipotesi di esonero dalle verifiche (art. 70-*decies* d.P.R. n. 396/2000) allorché sussista imminente pericolo di vita di una delle parti, a condizione che esse dichiarino, con giuramento, che non esistono tra loro impedimenti.

corso al Presidente del Tribunale il quale, sentite le parti, decide con decreto motivato sull'opposizione.

Nella sostanza è analogo al matrimonio il regime dell'invalidità dell'unione civile per mancanza dei presupposti soggettivi e per difetto di un valido e libero consenso, come pure della connessa impugnazione in sede giudiziale.

L'esistenza di una delle suddette cause impeditive comporta la nullità.

L'unione civile costituita in violazione di una delle cause impeditive sopra indicate, ovvero in violazione dell'art. 68 c.c., può essere impugnata da ciascuna delle parti dell'unione civile, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale (art. 1, comma 6).

La disposizione ricalca in modo sostanziale il contenuto dell'art. 102 c.c. in materia di matrimonio, ampliando la legittimazione a proporre opposizione a chiunque abbia un interesse attuale e legittimo. Detto requisito di legittimità dell'interesse deve essere inteso in ragione della conformità del medesimo ai precetti legislativi, di guisa che dovrà ritenersi sussistere un interesse legittimo ogni qual volta sia esistente una causa concreta ed attuale ostativa alla costituzione dell'unione.

Ove si verifichi l'assenza di una parte dell'unione civile e finché duri tale assenza, l'unione civile costituita dall'altra parte con una terza persona non è soggetta ad impugnazione.

In tema di cause di invalidità dell'unione civile, la nuova disciplina dispone l'applicazione delle stesse cause già previste per l'invalidità del matrimonio richiamando gli art. 65 e 68, nonché gli art. 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-*bis* c.c. Ugualmente l'unione civile è affetta da invalidità quando il consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità, da cause esterne alla parte stessa, o quando è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali dell'altra parte (art. 1, comma 7)<sup>25</sup>. L'azione tuttavia non può essere proposta se vi è stata

25. Per quanto concerne l'errore, il legislatore regolamenta una disciplina più precisa. Si afferma che l'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altra parte, si accerti che la stessa non avrebbe prestato il consenso se le avesse esattamente conosciute, purché l'errore riguardi: a) l'esistenza di una malattia fisica o psichica, tale da impedire lo svolgimento della vita comune; b) le circostanze di cui all'art. 122, comma 3, nn. 2, 3 e 4 c.c.

coabitazione per un anno, dopo che è cessata la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore.

Si tratta di un'ipotesi di efficacia sanante delle eventuali anomalie del consenso in ragione della prolungata coabitazione, a conferma della circostanza che il rapporto prevale sull'atto e ciò in qualsiasi contesto in cui vi è una relazione di coppia formalizzata.

Quanto allo scioglimento dell'unione civile, lo stesso è regolato dai commi 22, 23, 24, 25 e 26 dell'articolo 1 della legge n. 76, che prevede sia cause automatiche (comma 22), sia cause volontarie rimesse all'iniziativa di una o entrambe le parti (commi 23 e 24).

Costituiscono causa automatica di scioglimento dell'unione civile:

- la morte o la dichiarazione di morte presunta di una delle parti (art. 1, comma 22).

Costituiscono cause volontarie di scioglimento dell'unione civile:

- i casi previsti dalla legge n. 898/1970 sul divorzio (art. 1, comma 23)<sup>26</sup>;

- la volontà di scioglimento manifestata anche disgiuntamente dinanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 1, comma 24). Si divorzia, quindi, con le stesse modalità adottate in ambito matrimoniale, ma viene applicato il c.d. divorzio breve: bastano infatti tre mesi anziché sei. In questo caso la domanda di scioglimento dell'unione civile può essere proposta, in via giudiziale o consensuale, decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione ma senza il periodo di separazione, stante il mancato richiamo alla lettera b) dell'art. 3 della legge sul divorzio<sup>27</sup>;

26. Il comma 23 fa riferimento alle fattispecie di cui all'art. 3, n. 1 e n. 2, lettere a), c), d) ed e), della legge n. 898/1970 sul divorzio, vale a dire alle ipotesi in cui dopo la costituzione dell'unione civile, una parte sia condannata alle pene previste dal richiamato art. 3, con sentenza passata in giudicato, anche per fatti commessi antecedentemente. Da un confronto del comma 23 con il testo integrale dell'art. 3 della legge sul divorzio si evince che tra le cause di scioglimento dell'unione civile non sono annoverate la separazione giudiziale o consensuale, che come detto non trova applicazione tra le parti dell'unione civile, e la mancata consumazione.

27. Per SESTA, *Unione civile: costituzione e scioglimento*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, marzo 2017, 15 e ss. "Occorre sottolineare che la vera peculiarità dello scioglimento dell'unione civile, che lo differenzia profondamente dal divorzio della coppia matrimoniale, è rappresentata dal disposto del comma 24, alla cui stregua l'unione civile viene meno quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento

• la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei componenti (art. 1, comma 26). In tal caso, le parti, se lo vorranno, potranno contrarre matrimonio<sup>28</sup>.

#### 4. Diritti e doveri

Uno dei principi ispiratori del nuovo istituto è l'uguaglianza tra i partners.

Questo concetto deve essere inteso nel senso di uguaglianza dei diritti e reciprocità dei doveri e deve coniugarsi con quello di pari opportunità di svolgimento e di realizzazione della personalità del singolo

dinanzi all'ufficiale dello stato civile, dopo di che, decorsi tre mesi, può essere proposta la corrispondente domanda giudiziale avanti il Tribunale competente o apposita procedura amministrativa di negoziazione assistita da un avvocato o di accordo di fronte all'ufficiale dello stato civile (commi 24-25). Trattasi, all'evidenza, di un'ipotesi di recesso, in forza della quale anche una sola parte dell'unione civile può ottenere la pronuncia di scioglimento. È chiaro che – come è stato esattamente osservato – la predetta disposizione assorbe e rende inutile quella, di cui già si è detto, contenuta al comma 23, cosicché, in definitiva, la mera volontà unilaterale di scioglimento dell'unione configura una nuova causa di divorzio, che riduce il compito del giudice – o quello dell'avvocato o dell'ufficiale di stato civile in caso di risoluzione stragiudiziale della crisi – ad un mero accertamento della volontà stessa, anche di una sola parte. Resta fermo che il Tribunale, oltre che dichiarare con sentenza lo scioglimento dell'unione, dovrà poi adottare tutti i provvedimenti di cui agli art. 5, commi 6, 7, 8; 9; 9-bis; 10; 12-bis; 12-ter (disposizione che pare invero erroneamente menzionata in quanto riferita all'ipotesi dei figli comuni tra i divorziati che non può realizzarsi tra le parti di una unione civile); 12-quater; 12-quinques e 12-sexies l. n. 898/1970; articoli tutti richiamati dal comma 25 dell'art. 1, l. n. 76/2016. Ove invece – come pur lo stesso comma 25 consente – lo scioglimento venga attuato tramite negoziazione assistita da avvocati o in forza di accordi raggiunti davanti all'ufficiale dello stato civile, restano fermi i limiti previsti dagli art. 6 e 12 del d.l. n. 132/2014, espressamente richiamati: sì che, per es., resta escluso che l'accordo di scioglimento possa avvenire di fronte agli ufficiali di stato civile in presenza di figli minori o di figli maggiorenni incapaci o economicamente non autosufficienti. ... È inoltre, in particolare, previsto – per ciò che qui più rileva – che la parte che intende sciogliere unilateralmente l'unione civile debba «comunica[rlo] all'altra parte mediante invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza anagrafica o, in mancanza, all'ultimo indirizzo noto, ovvero con altra forma di comunicazione parimenti idonea» (art. 63, comma 1, lett. g-quinques) d.P.R. 396/2000), prima – ed al fine di poter poi – presentarsi innanzi all'ufficiale di stato civile onde manifestare la propria volontà di scioglimento, comprovando documentalmente l'avvenuto invio di comunicazione all'altra parte”.

28. In ciò l'unione civile si differenzia rispetto al matrimonio poiché in caso di mutamento di sesso di uno degli sposi il matrimonio si converte in unione civile, allorché entrambi i coniugi abbiano manifestato la volontà di mantenere in essere il vincolo.

all'interno del rapporto e non svolgersi in una semplice e riduttiva parità quantitativa di diritti e doveri.

I diritti e i doveri che derivano dall'unione civile sono inderogabili per le parti (art. 1, comma 13).

Si registrano, invece, differenze più marcate nei riguardi del matrimonio per quanto attiene all'unione civile come rapporto.

Per quel che concerne i rapporti personali, con la costituzione dell'unione civile le parti, al pari dei coniugi nel matrimonio, acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri (art. 1, comma 11). In particolare le parti:

- sono reciprocamente obbligate all'assistenza morale e materiale ed alla coabitazione (obbligo quest'ultimo sospeso nei confronti del compagno in caso di allontanamento senza giusta causa dalla comune residenza e rifiuto di farvi ritorno (art. 1, comma 19). Non sussiste invece alcun obbligo di fedeltà e di collaborazione;
- sono entrambe tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità lavorativa anche casalinga, a contribuire ai bisogni comuni (art. 1, comma 11);
- concordano insieme l'indirizzo della vita familiare ed a ciascuna di esse spetta il potere di attuarlo (art. 1, comma 12)<sup>29</sup>;
- fissano la residenza comune (art. 1, comma 12).

L'unione civile racchiude, dunque, una serie di cosiddetti "doveri impliciti" ricondotti nell'alveo del generico obbligo reciproco di assistenza morale e materiale, non codificati ed orientati al rispetto della personalità del singolo secondo il generale dovere di solidarietà (art. 2 cost.), che impone il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona nell'ambito delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Il

29. Per SESTA, *Unione civile: costituzione e scioglimento*, cit., "È altresì da rilevarsi che è invece espressamente previsto che le parti concordino tra loro "l'indirizzo della vita familiare", il che, ancorché sia forse frutto di un *lapsus* del legislatore, vale a confermare che l'unione civile dà vita ad un consorzio familiare, rientrante nell'orbita degli art. 8 Cedu e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, la stessa disposizione del comma 12 non riproduce le parole dell'art. 144 c.c., che impongono ai coniugi, nel concordare l'indirizzo della vita familiare, di tenere conto non solo delle esigenze di entrambi ma di quelle "preminenti della famiglia stessa"; omissione, questa, particolarmente significativa, perché evidenzia la ritrosia del legislatore a qualificare "famiglia" l'unione civile, e a considerarla alla stregua di una istituzione che trascende gli interessi dei singoli che la compongono, certamente anche in relazione al fatto che essa si riduce alla coppia e, almeno secondo l'impianto legislativo, non prevede la presenza di figli".



legislatore ha ritenuto di delegare all'accordo delle parti il modo di interpretare con propri comportamenti tali diritti e doveri, i cui contenuti non sono puntualmente tratteggiati, ma i cui limiti sono ben individuati attraverso la sanzione stabilita dall'ordinamento per i pregiudizi cagionati al "valore persona"<sup>30</sup>.

In ordine alla residenza comune, va evidenziato che l'obbligo di coabitazione esplicitamente previsto dal legislatore, deriva inevitabilmente dalla comunanza di vita e di interessi e dall'*affectio* quotidiana di ciascuna delle parti.

Sempre in tema di rapporti personali, altra rilevante previsione è quella riguardante il cognome che, per la durata dell'unione civile, può essere comune e scelto mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile. Resta ferma la possibilità di anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, sempre facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile (art. 1, comma 10)<sup>31</sup>.

L'opzione facoltativa dell'adozione del cognome del partner non comporta alcuna modifica dei dati anagrafici, per cui non vi è alcuna modifica del codice fiscale o di altri documenti.

Per quanto attiene alla tutela della persona, è prescritto che il giudice tutelare, in sede di scelta dell'amministratore di sostegno, è tenuto, ove possibile, a preferire il compagno dell'unione civile, così come lo stesso è legittimato a promuovere un procedimento di interdizione o

30. Ci si riferisce in particolare al rinvio espresso alla legge 4 aprile 2001, n. 154, operato dall'art. 1, comma 14, secondo il quale: «quando la condotta della parte dell'unione civile è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altra parte, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'art. 342-ter c.c.».

31. Per SESTA, *Unione civile: costituzione e scioglimento*, cit., "Merita una particolare sottolineatura il comma 10 dell'art. 1, che, con disposizione originale – che si discosta notevolmente dall'omologa previsione codicistica, la quale fa obbligo alla moglie di aggiungere al proprio il cognome del marito (art. 143-bis c.c.) –, dispone che le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune, scegliendolo tra i loro cognomi, che potrà essere anteposto o posposto a quello della parte il cui cognome non sia stato scelto come comune". A questo proposito assume rilievo una decisione del Tribunale di Lecco che ha statuito che deve essere disapplicato, in via d'urgenza, l'art. 8 d.lgs. n. 5/2017, nella parte in cui impone all'ufficiale di stato civile di annullare dalle schede anagrafiche l'annotazione relativa alla scelta del cognome comune dell'unione civile, fatta in forza del precedente d.P.C.M. n. 144/2016, trattandosi di disposizione lesiva della dignità della persona e dell'interesse superiore del minore ed in palese contrasto con i principi di diritto comunitario e sovranazionale. Cfr. Trib. Lecco, sez. I, 4 aprile 2017.

inabilitazione e chiederne la revoca quando cessa la causa che vi ha dato origine (art. 1, comma 15).

In ordine ai rapporti patrimoniali, è stabilito dalla legge che, in assenza di scelta delle parti, si applica il regime della comunione legale dei beni (al pari di quanto avviene per il matrimonio). Le parti possono optare per il regime della separazione dei beni non solo al momento della dichiarazione dinanzi all'ufficiale di stato civile, ma anche dopo, per mezzo di una convenzione patrimoniale alla quale si applicano tutte le regole, di forma e di sostanza, prescritte dagli art. 162, 163, 164 e 166 c.c. in materia di convenzioni patrimoniali.

Di notevole importanza è, poi, il richiamo all'applicazione delle norme di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile, ossia l'intero pacchetto normativo dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Grazie a siffatta previsione le parti di un'unione civile potranno, al pari dei coniugi, non solo scegliere tra la comunione e la separazione dei beni, ma accedere agli altri regimi patrimoniali come il fondo patrimoniale o costituire un'impresa familiare (richiamate anche le collegate norme degli art. 2647, 2653, comma 1, n. 4 e 2659 c.c.).

All'unione civile è, altresì, applicabile – in ragione del rinvio alle disposizioni del titolo XIII del libro primo del codice civile – la normativa in tema di alimenti prevista dagli art. 433 e ss. c.c. in favore del coniuge.

Va, poi, ricordato che anche per l'unione civile la prescrizione rimane sospesa tra le parti in costanza di rapporto.

In ordine ai rapporti successori, in virtù dell'espreso rinvio alle disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del libro secondo del codice civile, alle parti dell'unione civile è riconosciuta la disciplina in tema di indegnità (art. 463-466 c.c.), di diritti riservati ai legittimari (art. 536-564 c.c.), di successioni legittime (art. 565-586 c.c.), di collazione (art. 737-751 c.c.) e di patto di famiglia (art. 768-bis-768-octies c.c.). Qualsiasi riferimento al coniuge contenuto nelle norme sopra citate dovrà necessariamente essere inteso come riferito anche alla parte dell'unione civile.

In caso di morte di una delle parti dell'unione civile che sia prestatore di lavoro, al partner superstite è accordato il diritto all'indennità di preavviso e di fine rapporto ai sensi degli art. 2118 e 2120 c.c. dettati

in tema di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, come pure la pensione di reversibilità.

### 5. Comparazione con il regime legale del matrimonio

Tra unione civile e matrimonio vi è una sostanziale equiparazione giuridica frutto di una specifica volontà del legislatore, evincibile dal richiamo a numerose norme del codice civile (specie in tema di rapporti patrimoniali e successori) ed in modo particolare dal comma 20, che, al fine di rendere effettivi tali diritti e dare pieno adempimento a tali doveri, stabilisce come «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»<sup>32</sup>.

Diretta conseguenza di ciò è che a tutte le norme interessate in cui figura la parola “coniuge” andrà sostituita quella di “parte dell'unione civile”. Significativo a questo proposito è il comma 27, secondo il quale nell'ipotesi in cui il cambiamento di sesso di uno dei coniugi non abbia portato gli stessi a sciogliere il matrimonio, ne deriverà tra loro «l'automatica instaurazione dell'unione civile» in quanto ormai persone dello stesso sesso.

Il legislatore opera, così, un generale rinvio alle leggi speciali che si riferiscono al rapporto di coniugio, *lato sensu* inteso, con l'eccezione rappresentata dalle norme del codice civile non espressamente richia-

32. Per T.A.R. Brescia, sez. I, 29 dicembre 2016, n. 1791, cit., “In virtù del processo di automatica etero-integrazione generato dall'art. 1 comma 20 d.l. n. 76 del 2016, le norme originariamente previste per il solo istituto del matrimonio civile, devono considerarsi automaticamente applicabili, senza necessità di una modifica espressa, anche alle unioni civili. Di conseguenza, le disposizioni del regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili devono considerarsi applicabili anche alle unioni civili disciplinate dalla l. n. 76 del 2016 e deve pertanto essere annullata la delibera della giunta comunale, nella parte in cui riserva un ufficio angusto alle celebrazioni delle unioni civili (a fronte di una stanza di rappresentanza del municipio destinata ai matrimoni civili), prevedendo tra l'altro che a celebrare tali unioni non sia il sindaco, ma i consiglieri comunali che abbiano comunicato la propria disponibilità o, in mancanza, i dipendenti comunali cui siano state delegate funzioni di ufficiale di stato civile”.

mate<sup>33</sup> e dalla legge 4 maggio 1983, n. 184, contenente la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori.

Non risultano, infatti, applicabili all'unione civile le norme in tema di adozioni, poiché è stato escluso dal testo di legge il contestato meccanismo della stepchild adoption, letteralmente "adozione del figliastro", contenuto nella versione originaria del ddl, ovverosia la possibilità di adottare il figlio biologico del partner per le persone che hanno contratto l'unione civile<sup>34</sup>.

Diversamente dal matrimonio, inoltre, l'unione civile non dà luogo all'instaurazione di un legame di affinità fra ciascuna delle parti ed i parenti dell'altra, non essendo richiamata la disciplina di cui all'art. 78 c.c., ragion per cui non esistono impedimenti a che i reciproci parenti contraggano fra loro matrimonio o unione civile<sup>35</sup>.

Sotto un profilo procedurale è stabilito, infine, dall'art. 1, comma 25 che si applicano, in quanto compatibili, le norme in materia di fami-

33. Trattasi di una clausola di salvaguardia che consente di affermare che l'applicazione delle norme in discorso sia possibile unicamente nelle situazioni in cui sia indispensabile garantire l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi scaturenti dall'unione.

34. Va rigettata la domanda di adozione del figlio biologico del partner dello stesso sesso con il quale il richiedente è iscritto nel registro delle unioni civili, cfr. Trib. minorenni Milano, 17 ottobre 2016, n. 261.

35. Per SESTA, *Unione civile: costituzione e scioglimento*, cit., "In primo luogo, la legge non menziona, né direttamente né indirettamente, le disposizioni relative alla affinità (art. 78 c.c.), cioè il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge, pur richiamando (al comma 19 dell'art. 1) il titolo XIII del libro primo e, quindi, anche gli art. 433, nn. 4 e 5, e 434 c.c. in tema di obblighi alimentari, che contemplano tra gli obbligati i suoceri, il genero e la nuora. Pare quindi che nessun vincolo giuridico venga a crearsi tra una parte dell'unione e i parenti dell'altra parte e che il richiamo agli obblighi alimentari tra affini, che pur è stato effettuato, sia privo di effetti in quanto il relativo vincolo non può sorgere tra parte dell'unione e parenti dell'altra parte, stante appunto il mancato richiamo dell'art. 78 c.c. e la generale previsione dell'art. 1, comma 20. Il dato è significativo, perché l'affinità, come i vincoli di parentela, che pure non vengono in rilievo a proposito dell'unione civile, è conseguenza della capacità espansiva del matrimonio, che non è invece attribuita all'unione, i cui effetti sostanzialmente riguardano solo i membri della coppia che la costituiscono. Ancora, la legge non richiama le disposizioni relative alla promessa di matrimonio, all'ammissione del minore al matrimonio, alle pubblicazioni, alle opposizioni, e, soprattutto, alla celebrazione (v. più diffusamente § "La costituzione dell'unione civile"). Sempre con riguardo all'unione, non sono menzionate neppure le disposizioni sanzionatorie di cui agli articoli 134 e ss. c.c., mentre le condizioni necessarie per costituirle sono previste al comma 4, che richiama anche l'articolo 87 e, in qualche modo, gli articoli 85, 86 e 88 c.c. (v. più ampiamente § "Le cause impeditive della costituzione dell'unione civile")".

glia e di stato delle persone di cui al titolo II del libro quarto del codice di procedura civile, nonché le norme di cui agli articoli 6 e 12 della legge 10 novembre 2014, n. 162, riguardanti la negoziazione assistita degli avvocati.

*Salvatore Mezzanotte*

II

GIURISPRUDENZA

## Giurisprudenza civile

Corte di Appello di L'Aquila-sezione lavoro – Pres.-Est. Ciangola – Sent. 15 febbraio 2018, n. 66 – O.A. s.r.l. c. C.G. (rigetta l'appello)

**Art. 2103 c.c. – Nullità del patto di demansionamento – Deroga – Tutela concernente la conservazione del posto di lavoro – Patto di demansionamento – Iniziativa – Soggetti legittimati – Patto di demansionamento – Condizioni di legittimità – Serietà della mancanza di alternative per evitare il licenziamento – Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Patto di demansionamento – *Repêchage***

*La tutela della posizione economica e professionale del lavoratore – che l'art. 2103 c.c. sostanzia attraverso la previsione della nullità di qualsiasi pattuizione che introduca modifiche peggiorative della medesima – deve essere temperato con altri interessi prioritari del lavoratore subordinato, quale quello alla conservazione del posto di lavoro; pertanto, la predetta nullità non opera laddove il patto peggiorativo della posizione del lavoratore corrisponda all'interesse dello stesso (1).*

*Il patto di demansionamento è valido non solo ove sia promosso dalla richiesta del lavoratore, il quale deve manifestare il suo consenso non affetto da vizi della volontà, ma anche allorché l'iniziativa sia stata assunta dal datore di lavoro, sempreché vi sia il consenso del lavoratore e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza dell'accordo (2).*

*Il demansionamento e la conseguente riduzione di retribuzione possono essere giustificati soltanto quando costituiscano l'unica alternativa possibile ad un licenziamento altrimenti inevitabile; ne consegue che, qualora il datore di lavoro desista dall'intento di licenziare per addivenire ad un patto di demansionamento, occorre che l'intento di porre fine al rapporto sia stato serio e giustificato, e non un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione ad una norma imperativa (3).*

*L'ampliamento dell'area di legittimità della variazione delle mansioni in deroga all'art. 2103 c.c. determina una corrispondente ridu-*

*zione dell'ambito delle possibilità di licenziamento per impossibilità di adibizione del lavoratore alle vecchie mansioni; infatti, l'estromissione del lavoratore potrà essere giustificato soltanto laddove non sia possibile adibirlo non solo a mansioni equivalenti a quelle precedentemente svolte, ma anche a mansioni inferiori che il dipendente avrebbe potuto accettare per evitare il licenziamento (4).*

[omissis]

Ragioni in fatto e diritto

La Società OA srl ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe che – dichiarata la nullità del patto di demansionamento (dal 7° al 5° livello) intercorso con CG di cui al verbale di conciliazione sottoscritto presso la DTL di Chieti il 20.09.2012 – l'ha condannata alla reintegrazione del CG nelle mansioni svolte fino al 30.09.2012 nonché al pagamento della somma di € 16.230,60 pari alla decurtazione della retribuzione a partire dall'ottobre 2012, oltre accessori di legge.

In particolare, ha censurato detta sentenza: 1) nella parte in cui ha pronunciato la nullità del verbale di conciliazione errando: a) nell'equiparare la presunta assenza della ragione che avrebbe legittimato il licenziamento con il vizio della volontà invocato dal lavoratore (dolo della società consistente nell'aver "minacciato" un licenziamento su una ragione che "si era rilevata *ex post* del tutto inventata" giacché le mansioni da lui svolte erano state "affidate ad un impiegato appositamente assunto successivamente" e altre "affidate a persona che immediatamente prima od immediatamente dopo il demansionamento ... ha beneficiato di aumenti retributivi") omettendo di considerare che il dolo era causa di annullamento e, comunque, che doveva consistere in artifici o raggiri o anche in semplici menzogne (non allegate dal lavoratore) che abbiano avuto comunque un'efficacia causale sulla determinazione volitiva della controparte; b) nel considerare le due circostanze che avevano indotto il lavoratore ad impugnare il verbale [l'assunzione di un nuovo dipendente (DA) e l'aumento del livello di retribuzione di altro preesistente impiegato (A)] come idonee a dimostrare l'esistenza di un vizio della volontà al momento della sottoscrizione del verbale di conciliazione, quando, per contro, né la circostanza che altro dipendente già nell'aprile 2012 aveva ricevuto un aumento quale circostanza preesistente alla sottoscrizione né la successiva assunzione di un nuovo im-



piegato avevano agito in alcun modo sul processo di formazione della sua volontà negoziale; 2) nella parte in cui ha ritenuto che il verbale di conciliazione fosse affetto da dolo perché essa società non aveva dimostrato in giudizio di aver assolto l'obbligo di dimostrare l'inutilizzabilità del lavoratore in altri reparti e che le scelte aziendali successive alla sottoscrizione del patto erano incoerenti rispetto alla necessità di ridurre i costi aziendali, dimostrando il tal modo una erronea assimilazione dei requisiti prescritti per un demansionamento effettuato a livello individuale a quelli necessari per la validità di un demansionamento compiuto in sede negoziale assistita (nel caso in esame dinanzi alla DPT, ai sensi dell'art. 410 c.p.c.) che poteva essere contestato solo per la presenza di vizi della volontà ovvero per il fatto che il lavoratore avesse compiuto una rinuncia a diritti futuri, non ancora entrati nel suo patrimonio, mentre nel caso in esame le parti avevano concordato una novazione del precedente contratto di lavoro sostituito da un nuovo accordo negoziale avente diverso contenuto (per mansioni e qualifica); 3) nella parte in cui ha ritenuto che essa società non avesse dimostrato l'incidenza della ristrutturazione aziendale sulla posizione professionale del dipendente ovvero di aver assolto l'obbligo di dimostrare l'inutilizzabilità del lavoratore in altri reparti, per errata applicazione all'accordo tra le parti dei principi in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quando, per contro, il datore di lavoro che desiste dall'intento di licenziare per addivenire ad un c.d. patto di demansionamento doveva dimostrare solo che l'intento di porre fine al rapporto fosse "serio", giustificato e non "un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione ad una norma imperativa" e non anche la coerenza delle scelte aziendali rispetto alle ragioni di riduzione del personale e l'obbligo di *repêchage* che attenevano alla legittimità del licenziamento che non c'era stato; 4) nella parte in cui ha proceduto ad una erronea ricostruzione delle vicende oggetto di controversia in relazione alle ragioni economiche poste a fondamento del patto di demansionamento (riduzione dei costi finalizzata ad evitare sia un aumento della TARSU sia un ridimensionamento del servizio di nettezza urbana) alla luce di una errata valutazione del compendio probatorio avendo, per contro: a) i documenti prodotti provato l'effettività del processo di riorganizzazione del personale dirigente e impiegatizio e la conseguente riduzione dei costi del personale che aveva consentito il ripianamento delle perdite negli anni accumulate; b)

l'istruttoria orale dimostrato la veridicità delle ragioni prospettate alla base del licenziamento per evitare il quale l'appellato si era indotto a sottoscrivere il patto di demansionamento, essendo emerso che le attività che lui svolgeva erano svolte indifferentemente anche da altri dipendenti e potevano essere ripartite diversamente tra i lavoratori, come era avvenuto con l'affidamento delle attività front-office (svolte in modo sporadico dal CG) affidate prima al B (l'unico dirigente che aveva accettato di essere inquadrato come "quadro") e, poi, al DA (assunto a febbraio 2013 con orario ridotto in luogo del CdA) e quelle connesse al servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti all'A (già responsabile della gestione dei rifiuti); 5) nella parte in cui ha ritenuto illegittima – anche a volere considerare provati i fatti che avrebbero consentito il licenziamento – la diminuzione della retribuzione, stante, per contro, la legittimità dell'attribuzione di mansioni – e, conseguentemente, di retribuzione – inferiori a quelle assegnate e/o acquisite oggetto del patto di demansionamento al fine di evitare il licenziamento, anche perché non aveva senso ammettere la possibilità di attribuire mansioni inferiori al dipendente, facendogli mantenere lo stesso livello retributivo, in casi come quello in esame in cui il demansionamento era giustificato dalla necessità di evitare il licenziamento, prospettato per ridurre i costi del personale;

[omissis]

Ha concluso, perciò, per la riforma della sentenza con reiezione delle domande proposte dall'appellato con il ricorso introduttivo e, in subordine, per il caso di conferma della sentenza nel merito, per la riforma del capo relativo alla regolamentazione delle spese di lite.

Ha resistito l'appellato, assumendo l'infondatezza in fatto ed in diritto di ciascuno dei motivi di impugnazione, ricordando come avesse eccepito: a) la nullità della rinuncia ad una parte della retribuzione (quella relativa alla differenza tra il trattamento del 7° livello a quello del 5° livello) per il periodo successivo alla sottoscrizione dell'accordo avendo ad oggetto "diritti futuri"; b) la nullità del verbale di conciliazione in forza dell'ultimo comma dell'art. 2103 c.c.; c) la necessità della società datrice di lavoro di provare che lo specifico demansionamento serviva proprio ad evitare il licenziamento del CG al quale deve essere assicurata la stessa retribuzione, essendo un simile patto compatibile con il dettato codicistico solo a condizione che resti comunque "immutato il

livello retributivo”; d) l’annullabilità del verbale poiché la sua volontà era stata viziata dal dolo della controparte che aveva espressamente rappresentato la presunta “necessità di ridurre gli oneri del personale impiegatizio ed amministrativo, anche facendo ricorso a licenziamenti per riduzione del personale” mentre in realtà nel medesimo contesto temporale la società aveva proceduto ad aumentare livelli e retribuzioni di altro personale impiegatizio e addirittura ad assumere ex novo un altro impiegato con affidamento di mansioni in precedenza da lui svolte, circostanze non contestate dalla controparte e puntualmente provate in istruttoria.

L’appello non è fondato e, conseguentemente, deve essere disatteso e respinto.

1. I primi quattro motivi di appello – da trattare congiuntamente per la loro stretta connessione in quanto, nella sostanza, diretti a sostenere la validità del patto di demansionamento e la sussistenza delle condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza di accordo – non sono fondati.

Costituisce principio ormai acquisito nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui l’art. 2103 c.c., nella parte in cui prevede la nullità di qualsiasi pattuizione che introduca modifiche peggiorative della posizione del lavoratore, non opera allorché il patto peggiorativo corrisponda all’interesse del lavoratore medesimo (*ex plurimis*, Cass. n. 11727/1999; n. 22533/2014; n. 19930/2015).

Invero, si è sostenuto che il diritto alla tutela della posizione economica e professionale del lavoratore – che l’art. 2103 c.c. realizza attraverso la previsione della nullità di ogni pattuizione contraria – deve trovare temperamento con la tutela di altri interessi prioritari del lavoratore subordinato, quale quello alla conservazione del posto di lavoro.

Pertanto, l’accordo per l’adibizione a mansioni inferiori alle ultime svolte, stipulato in considerazione di una prospettiva di licenziamento fondata su serie ragioni, non è da considerarsi in contrasto con le esigenze di libertà e dignità della persona perché rappresenta una soluzione più favorevole al lavoratore di quella ispirata ad una esigenza di mero rispetto formale dell’art. 2103 c.c.

Ulteriore presupposto indispensabile alla legittimità di tale accordo – oltre alla effettività della situazione pregiudizievole che si vuole evi-

tare – risulta essere il consenso del lavoratore, che deve essere prestato validamente ed essere esente da vizi.

Tali considerazioni possono sintetizzarsi nell'affermazione secondo cui il patto di demansionamento che, ai soli fini di evitare un licenziamento altrimenti inevitabile, attribuisce al lavoratore mansioni, ed eventualmente conseguente retribuzione, inferiori a quelle per le quali era stato assunto o che aveva successivamente acquisito – prevalendo l'interesse del lavoratore a mantenere il posto di lavoro su quello tutelato dall'art. 2103 c.c. – è valido non solo ove sia promosso dalla richiesta del lavoratore – il quale deve manifestare il suo consenso non affetto da vizi della volontà – ma anche allorché l'iniziativa sia stata presa dal datore di lavoro, sempreché vi sia il consenso del lavoratore e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza dell'accordo (cfr. Cass. n. 19930/2015; n. 18259/2006; n. 2375/2005). È evidente, infatti, che, quando il datore di lavoro desiste dall'intento di licenziare per addivenire ad un c.d. patto di demansionamento, occorre che l'intento di porre fine al rapporto sia stato serio, giustificato e non un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione ad una norma imperativa.

Ed è anche pacifico che, in caso di impugnativa dell'accordo, l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni di fatto che avrebbero giustificato il licenziamento incombe sul datore di lavoro, in osservanza tanto del disposto dell'art. 5 della legge 15 luglio 1966, n. 604, che del divieto posto dall'art. 2103 c.c., e che – a tal fine – il giudice del merito può e deve valutare, ai fini del raggiungimento o meno di tale prova, tutto il materiale probatorio acquisito al giudizio, sia per iniziativa del datore di lavoro che su impulso del lavoratore, secondo il principio dettato dall'art. 115 c.p.c.

In particolare, l'ampliamento dell'area di legittimità della variazione delle mansioni in deroga all'art. 2103 c.c. ha comportato una corrispondente riduzione dell'area di legittimità del licenziamento per impossibilità di adibizione del lavoratore alle vecchie mansioni con sua giustificazione soltanto nell'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte (c.d. *repêchage*), con relativo onere probatorio del datore di lavoro (cfr. Cass. n. 4920/2014; n. 3040/2011).

Gli anzidetti due profili, peraltro, trovano una naturale interferenza allorché – procedendo il datore di lavoro a licenziamento per giustifi-

cato motivo oggettivo, come nel caso in esame, per riduzione di personale – la verifica delle possibilità di *repêchage* vada fatta non solo con riferimento a mansioni equivalenti ma anche inferiori che i lavoratori avrebbero potuto accettare per evitare il licenziamento.

Nella fattispecie in esame – in cui il lavoratore aveva lamentato non solo la riduzione della retribuzione subita a seguito della adibizione alle mansioni concordate con il verbale di conciliazione del 20.09.2012, del seguente tenore letterale: “a seguito di una ristrutturazione aziendale tesa al contenimento dei costi per evitare ai cittadini un incremento della TARSU ... senza però gravare sul materiale servizio della nettezza urbana, ha necessità di ridurre gli oneri del personale impiegatizio ed amministrativo, anche facendo ricorso a licenziamenti per riduzione di personale” le parti hanno statuito che il CG “per evitare il licenziamento ... è disposto a risolvere consensualmente il rapporto di lavoro ... e ad instaurare un nuovo rapporto con decorrenza dal 2/07/2012 con qualifica e retribuzioni inferiori a quelle attualmente in essere ma con anzianità convenzionale aziendale conseguita nel tempo” e, quindi, si sono accordate per “transigere e definire tutte le eventuali reciproche rivendicazioni e pretese che potrebbero derivare dal rapporto tra esse intercorso e dalla sua risoluzione” con affidamento al lavoratore delle mansioni di impiegato addetto all’autoparco e con rinuncia del medesimo “a qualsiasi rivendicazione connessa, a titolo meramente esemplificativo ... eventualmente subiti o derivanti dal rapporto espletato” sotto il profilo della nullità della rinuncia a “diritti futuri” ma anche la “nullità assoluta” del patto sia per irriducibilità della retribuzione sia sotto il profilo del “dolo” – deve darsi atto che la sentenza impugnata dopo aver proceduto alla interpretazione della domanda proposta dal ricorrente come incentrata “sul profilo dell’assenza della ragione che avrebbe giustificato il licenziamento o il demansionamento” – profilo non oggetto di gravame – ha, del tutto condivisibilmente, portato l’esame sull’onere probatorio gravante sulla società datrice di lavoro di fornire la prova della sussistenza delle condizioni che, in mancanza dell’accordo, avrebbero legittimato il licenziamento dell’appellato.

Trattasi di un esame essenziale ai fini di deliberare la legittimità del patto in applicazione dei principi di diritto sopra richiamati, che ha portato ad escludere la sussistenza delle condizioni legittimanti il

licenziamento con riguardo alle ragioni dedotte nel verbale di accordo sindacale 20.09.2012 in quanto dette ragioni avevano trovato solo “parziale riscontro istruttorio” e, quindi, sono state ritenute – del tutto condivisibilmente – insufficienti a dimostrare la sussistenza di tutte le condizioni che, in mancanza dell’accordo, avrebbero legittimato il licenziamento.

Tanto deve confermarsi alla luce del fatto che effettivamente la società appellante non ha adempiuto all’onere della prova della incidenza della allegata ristrutturazione aziendale sulla posizione rivestita dal CG e della sua inutilizzabilità in altro settore aziendale con mansioni equivalenti, stante che il demansionamento e la conseguente riduzione di retribuzione possono trovare giustificazione solo quale “ultima alternativa possibile al licenziamento” – come non ha mancato di sottolineare la sentenza impugnata – stante che tale onere riguardava la sussistenza di “una ristrutturazione aziendale tesa al contenimento dei costi per evitare ai cittadini un incremento della TARSU”, la “necessità di ridurre gli oneri del personale impiegatizio ed amministrativo” – tali essendo le ragioni dedotte nel verbale di accordo sindacale del 20.09.2012 –, l’incidenza della ristrutturazione aziendale sulla posizione rivestita in azienda dal ricorrente (nesso di casualità) e la non utilizzabilità di quest’ultimo in un altro settore aziendale in mansioni equivalenti a quelle da ultimo svolte (cfr. Cass. n. 19616/2011), condizioni che, in mancanza dell’accordo, avrebbero giustificato il licenziamento del lavoratore.

È emerso, infatti, che seppure la documentazione prodotta dalla società datrice di lavoro (docc. da 4 a 7) fosse idonea a dimostrare la necessità di fronteggiare una situazione economica sfavorevole non contingente (effettivamente al 31.12.2010 si era registrata una perdita di esercizio di € 22.727,00 e al 31.12.2011 la perdita di esercizio era aumentata ad € 44.566,00, diminuendo al 31.12.2012 ad € 38.758,00) ed anche a voler ritenere dimostrata la dedotta ristrutturazione aziendale consistente nel mutamento di mansioni e di retribuzione di tre dipendenti (oltre al CG, già inquadrato al VII livello, ed in forza dell’accordo sindacale inquadrato nel 5A del CCNL Nettezza Urbana e nel profilo di impiegato addetto all’autoparco, anche il B, in precedenza inquadrato come dirigente, dal 2.7.2012 era stato inquadrato come quadro e il T, in precedenza inquadrato come impiegato tecnico di livello 6A, era stato

inquadrate dal 1.10.2012 nel livello 4A dell'area di conduzione), la società appellante non ha neanche adempiuto all'onere della prova della incidenza di questa ristrutturazione aziendale sulla posizione rivestita in azienda dal ricorrente e della non utilizzabilità di quest'ultimo in un altro settore aziendale in mansioni equivalenti a quelle da ultimo svolte, dovendo ritenersi che il demansionamento e la conseguente riduzione di retribuzione possano essere giustificati, in ogni caso, solo quando costituiscano l'unica alternativa possibile al licenziamento, come già evidenziato.

Detta circostanza assume valore dirimente in quanto il CG aveva sostenuto con il ricorso introduttivo che le mansioni da lui precedentemente svolte erano state affidate ad altri dipendenti, uno dei quali assunto ex novo e un altro destinatario di un aumento di livello e di retribuzione e la società odierna appellante, pur negando che al lavoratore fosse stata mai affidata l'attività di "gestione dei rifiuti" e la "predisposizione dei bandi di gara", non ha contestato che il medesimo per alcuni mesi del 2011 era stato addetto al front office ("quando tale attività non poteva essere svolta da altri"), né che dopo il demansionamento di cui si tratta tale attività era stata affidata ad DA (effettivamente assunto come nuovo impiegato), né tanto meno che DA fosse stato destinatario di un aumento di livello e di retribuzione proprio nello stesso periodo (deducendo, al riguardo, che "contrariamente a quanto sostenuto al punto del ricorso introduttivo, si è sempre occupato di organizzare il personale della società per garantire l'esecuzione dei servizi appaltati dal Comune di O e non ha mai svolto attività connesse alla gestione dei rifiuti").

Pertanto, se nel verbale di conciliazione del 29.6.2012 il ricorrente aveva accettato il demansionamento proposto come alternativa al licenziamento determinato dalla "necessità di ridurre gli oneri del personale impiegatizio ed amministrativo", non può non concordarsi con la sentenza appellata che ha evidenziato come l'assunzione di un nuovo impiegato e l'aumento del livello e della retribuzione di un altro preesistente impiegato fossero "misure incoerenti con la motivazione adottata a giustificare il demansionamento del ricorrente, tanto più che, come sostenuto da parte resistente (si vedano le deduzioni a pag 12 e 13 delle note difensive), l'A aveva svolto "le attività connesse al servizio di raccolta di rifiuti di smaltimento e dell'organiz-

zazione del personale sin dal febbraio 2012, non potendo, a maggior ragione, comprendersi per quale ragione lo stesso avesse ricevuto un aumento salariale proprio in concomitanza con il demansionamento di altri dipendenti”.

Sul punto, non può non evidenziarsi come la sentenza impugnata abbia effettivamente accertato che le mansioni dell'A, prima dell'aprile del 2012, avessero riguardato la gestione del personale ma non aspetti tecnici concernenti lo smaltimento dei rifiuti e che l'attività di organizzazione del personale della società per garantire l'esecuzione dei servizi appaltati dal Comune di A fosse sempre stata svolta dall'A sia prima che dopo il primo aprile 2012 e, quindi, escluso che il medesimo, in epoca precedente all'aumento del livello contrattuale, fosse stato addetto all'attività dedotta come “gestione dei rifiuti” (intesa come “contatti con le discariche, con gli impianti di compostaggio, con le piattaforme di recupero, con le filiere nonché con gli Organi del Comune di O”) per avere, invece, svolto attività concernenti la responsabilità per il personale addetto ai servizi appaltati alla società appellante sulla base di un esame analitico delle deposizioni dei testi CC, PA, NG, TF, BS, TS e CG (gran parte riportate nella medesima sentenza) dalle quali risulta confermato che le attività in precedenza svolte dal CG riguardanti lo smaltimento dei rifiuti presso le discariche sono state affidate all'A proprio in concomitanza con il demansionamento del primo, il tutto in un contesto lavorativo caratterizzato dalla fungibilità dei compiti affidati al CG e all'altro impiegato del suo stesso ufficio non reso destinatario di analogo patto di demansionamento ed in cui la società appellante aveva addotto a fondamento della propria soluzione organizzativa la necessità di ridurre i costi che altrimenti l'avrebbero costretta a dei licenziamenti e che la stessa, pur deducendo che “la voce principale di uscita è quella per i dipendenti e le altre voci rappresentano costi fissi connessi a strutture materiali ed organizzative non dismissibili”, nulla ha provato a tale ultimo riguardo, sicché deve escludersi, da una parte, che sia stata fornita prova del nesso di collegamento tra la “ristrutturazione aziendale tesa al contenimento dei costi per evitare ai cittadini un incremento della TARSU” e la specifica posizione lavorativa rivestita in azienda dal ricorrente e, dall'altra, che sia stata fornita la prova che il CG, il quale aveva da sempre svolto mansioni promiscue, non sarebbe stato utilizzabile in



un altro settore aziendale in cui essere adibito a mansioni equivalenti a quelle da ultimo svolte senza la necessità di essere addetto a mansioni di livello contrattuale inferiori e retribuite in misura inferiore.

Deve essere mantenuta ferma, pertanto, la conclusione cui è pervenuta la sentenza impugnata in ordine al mancato adempimento da parte della società appellante dell'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento del lavoratore sulla base delle ragioni addotte nel verbale di conciliazione di cui si tratta, e che, in assenza dell'accordo, avrebbero potuto legittimare la scelta del recesso per giustificato motivo oggettivo come unica alternativa inevitabile, non essendo all'evidenza stata richiesta ed accordata una pronuncia di mera nullità per "dolo" del patto come mostra di ritenere l'appellante specialmente con le censure sottese al primo ed al secondo motivo di gravame, stante che la nullità è stata correlata – come detto – all'ultimo comma dell'art. 2103 c.c. e, specialmente, al difetto di prova delle ragioni che ne avrebbero consentito la deroga (essendo stato negativamente verificato che il CG potesse essere licenziato in mancanza dell'accordo per le ragioni rappresentate dall'azienda per ottenere il consenso al patto impugnato), senza alcun riferimento al vizio della volontà dell'appellato.

[omissis]

NOTA (1) (2) (3) (4)

*CONDIZIONI PER LA VALIDITA' DEL PATTO DI DEMANSIONAMENTO IN IPOTESI DI PROSPETTABILITA' DEL LICENZIAMENTO*

*Sommario: 1. L'art. 2103 c.c. e l'impatto del Jobs Act. 2. Il patto di demansionamento in relazione alla prospettiva del licenziamento prima del Jobs Act. 3. La fattispecie – Soluzione data dalla Corte aquilana – Condivisione. 4. Era impugnabile il patto di demansionamento contenuto nel verbale di conciliazione assistita? 5. Conclusioni.*

*1. La sentenza che si annota affronta la tematica della legittimità del patto di demansionamento inserito in un verbale di conciliazione*

*stipulato, nell'anno 2012, innanzi la Commissione di conciliazione presso la DTL.*

*Ancorché non riguardi ratione temporis il caso in esame, è interessante, preliminarmente, svolgere qualche breve osservazione in ordine all'incidenza che ha avuto il Jobs Act<sup>1</sup> sulla disciplina delle mansioni.*

*La dottrina ha osservato, al riguardo, che lo ius superveniens<sup>2</sup> «recepisce una fattispecie conosciuta da tempo in ambito giurisprudenziale riguardante le ipotesi dei cd. patti di demansionamento», prevedendo al comma 6 «la possibilità di stipulare accordi nell'interesse del lavoratore con l'obiettivo di garantire la conservazione del posto»,*

1. In proposito, l'art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 ha sostituito l'art. 2103 c.c., che attualmente è formulato come segue: «[I]. Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. [II]. In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale. [III]. Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni. [IV]. Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi. [V]. Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. [VI]. Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro. [VII]. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi. [VIII]. Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. [IX]. Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo».

2. Che si applica a tutti i dipendenti in servizio, indipendentemente dalla data di assunzione anteriore o posteriore al 7 marzo 2015; tale retroattività è stata registrata anche da Farina, *Demansionamento e risarcimento del danno*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 39/2016, pag. 2273.

senza alcuna garanzia – per il medesimo lavoratore – del diritto «di conservare lo stesso inquadramento e trattamento retributivo», «differentemente dagli altri casi di demansionamento previsti dai commi precedenti»<sup>3,4</sup>.

Ed ha altresì posto in rilievo che: «la norma inderogabile subisce un processo di frantumazione rilevante perché è vero che il nuovo testo la conserva all'ultimo comma come norma di principio, ma in realtà il numero e la portata delle eccezioni sono così rilevanti da trasformare la inderogabilità da monolite in una sorta di simulacro. Questa disposizione si colloca, a ben vedere, sulla scia dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011 e in qualche misura la supera. Infatti, a differenza dell'art. 8, che legittimava solo i contratti aziendali a derogare norme di legge su determinate materie tra le quali anche le mansioni, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. frantuma ulteriormente il monolite dell'inderogabilità della norma di legge in quanto in questo caso non si limita ad abilitare i contratti collettivi nazionali e aziendali a derogare norme di legge (comma 4), ma anche il potere unilaterale del datore di lavoro e addirittura il contratto individuale a derogarla sia pure a certe condizioni»<sup>5</sup>.

3. Giordano, *Sui limiti dell'obbligo di repêchage*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 2/2016, pag. 185; lo stesso Autore rileva, altresì, che, «nel caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore», «lo stesso potrà essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore» (pag. 183).

4. V. anche Franza, *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 10/2015, pagg. 655-665, il quale esprime l'avviso secondo cui: «A differenza del demansionamento per accordo individuale, ora generalizzato a tutela di determinati interessi e realizzabile nelle sedi protette (co. 6), nel demansionamento unilaterale la tutela del prestatore di lavoro è quindi apprestata mediante un limite interno, costituito da modifiche organizzative che giustificano l'esercizio del potere, nonché da un limite esterno identificato nella conservazione del livello e categoria legale di inquadramento e del trattamento retributivo già in godimento, ad eccezione di specifici elementi retributivi collegati alle mansioni originarie (co. 5). Pertanto, in base al nuovo sistema normativo, il lavoratore, mentre potrebbe essere adibito a mansioni di livello inferiore solo a fronte di modifiche organizzative, potrebbe invece, in ogni momento e in questo caso senza giustificazione, essere adibito – ovvero riadibito dopo un iniziale demansionamento – non solo alle originarie mansioni proprie del suo formale inquadramento, ma anche a qualsiasi altra mansione appartenente a quel livello e ricompresa nella categoria di appartenenza».

5. Santoro-Passarelli G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2016, pag. 630 e ss.

*Per quanto concerne, invece, gli effetti della riforma sull'obbligo di repêchage, si è sostenuto che «il Jobs Act, sancendo il passaggio dalla c.d. property rule (la quale qualificava l'interruzione del rapporto di lavoro come extrema ratio) alla liability rule, ossia ad un sistema imperniato esclusivamente sulla tutela obbligatoria, sembra determinare una rottura con tale istituto giurisprudenziale, elaborato in seguito all'introduzione dell'art. 18 legge n. 300/1970», per cui «con le novità, introdotte dal d.lgs. n. 23/2015, l'obbligo di repêchage sembra potersi applicare soltanto ai "vecchi assunti" e non, invece, ai dipendenti assunti con contratto a tutele crescenti nei confronti dei quali, al contrario, l'intero obbligo di ricollocazione potrebbe ritenersi addirittura non più sussistente alla luce del mutato contesto normativo»<sup>6</sup>.*

\*\*\*\*\*

6. La Mendola, *Licenziamento per g.m.o. e ripartizione delle mansioni*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 43/2017, pagg. 2616 e 2617; diametralmente contraria è l'opinione di Gaudio, *Il repêchage tra Riforma Fornero e Jobs Act*, in *ADL Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 4-5/2016, pag. 890 e ss., sulla scorta delle seguenti argomentazioni: «Occorre dunque chiedersi se la novella legislativa possa aver avuto, sotto tale profilo, delle ripercussioni in materia di repêchage. Seguendo la lettura che la giurisprudenza ha tradizionalmente dato di tale istituto, la risposta al quesito sembra dover essere affermativa. La Suprema Corte, infatti, nel delineare i confini di operatività dell'istituto, ha costantemente precisato che il datore di lavoro ha l'onere di provare l'inutilizzabilità del lavoratore licenziato solo con riferimento a quelle mansioni compatibili, in concreto, con il bagaglio professionale pregresso del lavoratore. Tale affermazione trovava un suo referente normativo proprio nel concetto di "equivalenza delle mansioni" di cui al vecchio testo dell'art. 2103 c.c., ora scomparso. Pertanto, in assenza di qualsivoglia riferimento normativo, seppur implicito, alla professionalità del lavoratore, il datore di lavoro, che voglia oggi procedere ad un licenziamento per ragioni organizzative giustificato, dovrebbe poi essere in grado di dimostrare in giudizio l'inutilizzabilità del dipendente con riferimento non solo a tutte le mansioni riconducibili al medesimo livello di inquadramento di quelle assegnate al lavoratore, ma anche a tutte quelle appartenenti ad un livello di inquadramento inferiore, e persino a tutte quelle altre mansioni inferiori che travalichino i predetti limiti. Ed il tutto – ed è questa la vera novità di rilievo – dovrebbe prescindere dal vaglio relativo alla compatibilità delle stesse con la specifica professionalità pregressa del dipendente. Di fatto, tale onere datoriale si estenderebbe alla totalità delle posizioni vacanti esistenti nell'organizzazione produttiva di cui egli è a capo, senza nessuna distinzione di sorta basata sulle specifiche competenze dei lavoratori coinvolti. Questa sembra essere la soluzione interpretativa più coerente, perlomeno da un punto di vista logico, con i precedenti della Suprema Corte in materia».

2. La Suprema Corte – nella vigenza dell'art. 2103 c.c. esitato dalla modifica di cui all'art. 13 della l. 300/1970 – ha costantemente affermato il principio di diritto secondo cui: «Ai sensi dell'art. 2103 c.c., la modifica in *peius* delle mansioni del lavoratore è illegittima, salvo che sia stata disposta con il consenso del dipendente e per evitare il licenziamento o la messa in cassa integrazione del lavoratore stesso, la cui diversa utilizzazione non contrasta, in tal caso, con l'esigenza di dignità e libertà della persona, configurando una soluzione più favorevole di quella ispirata al mero rispetto formale della norma»<sup>7</sup>.

In tema si è peraltro chiarito che: «La disposizione dell'art. 2103 c.c. sulla disciplina delle mansioni e sul divieto di declassamento va interpretata alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra l'altro, interventi di ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte senza modifica del livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato del codice civile»<sup>8</sup>; e più recentemente si è puntualizzato – con riferimento alle novità legislative intervenute nel corso dell'ultimo ventennio – che: «L'art. 2103 c.c. si interpreta alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la "ratio" di numerosi interventi normativi, quali l'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, l'art. 1, comma 7, della l. n. 68 del 1999, l'art. 4, comma 11, del d.lgs. n. 223 del 1991 anche come da ultimo riformulato dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015, sicché, ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma

7. Cass. n. 6441/1988; v., in senso sostanzialmente analogo, tra le tante, Cass. n. 11806/2000, Cass. n. 9734/1998 [(riguardante una fattispecie anteriore all'entrata in vigore della l. 223/1991) che non ha ritenuto preclusivo, ai fini della declaratoria di illegittimità del mutamento *in peius* delle mansioni, il relativo accordo sindacale stante la mancata acquisizione dell'esplicito consenso dei singoli lavoratori] e Cass. n. 19930/2015 (quest'ultima citata, tra le altre, dalla Corte aquilana).

8. Cass. n. 11395/2014; v., in senso conforme, Cass. n. 8596/2007.

*è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale»<sup>9</sup>.*

*In sostanza, alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, si desume che, anteriormente alla Riforma del Jobs Act, il lavoratore potesse essere legittimamente adibito a mansioni inferiori, rispetto a quelle previste dalla sua qualifica di appartenenza, soltanto allorquando tale scelta – cui deve prestare imprescindibilmente il consenso il medesimo lavoratore – sia concretamente ed effettivamente l'unica alternativa possibile al prospettato licenziamento ovvero trasferimento in altra sede di servizio<sup>10</sup>, e non costituisca, di contro, un intento elusivo, da parte del datore di lavoro, del disposto inderogabile dell'art. 2103 c.c.*

*Tale soluzione appare coerente con la ratio della norma che è quella di tutelare il prestatore di lavoro subordinato quale parte debole del rapporto e la cui posizione è meritevole, pertanto, della massima protezione o comunque di una più intensa tutela.*

\*\*\*\*\*

*3. Nel caso scrutinato dalla Corte aquilana risulta accertata, in punto di fatto<sup>11</sup>, l'insussistenza «delle condizioni che, in mancanza dell'accordo, avrebbero legittimato il licenziamento» del lavoratore, in conseguenza del mancato adempimento dell'onere probatorio, gravante sulla appellante datrice di lavoro, relativo alla «incidenza della allegata ristrutturazione aziendale sulla posizione rivestita dal ... [omissis] ... e della sua inutilizzabilità in altro settore aziendale con mansioni equivalenti».*

*Non può, pertanto, che prestarsi adesione – sulla scorta dei suindicati principi di diritto enunciati dal Collegio di vertice – alla decisione assunta dai Giudici di secondo grado.*

9. Cass. n. 23698/2015.

10. Dal cui rifiuto potrebbe derivare la cessazione del rapporto di lavoro [cfr. Cass. n. 19930/2015 cit.: «È legittimo il patto di demansionamento stipulato dal lavoratore, in difetto di soluzioni alternative all'estinzione del rapporto di lavoro, ai soli fini di evitare il licenziamento o fatti prodromici allo stesso (nella specie, il rifiuto di trasferimento a sede diversa e distante oltre 150 chilometri da quella precedente e soppressa)»].

11. Come emerge dalla motivazione.

*Bisogna, però, rilevare il profilo – di indubbio interesse – concernente l'eventuale preclusione dell'impugnabilità del patto di demansionamento – ipoteticamente invalido in quanto convenuto in assenza dei relativi presupposti di legittimità ovvero con la rinuncia del lavoratore al diritto di cui all'art. 2103 c.c. – per essere la stessa pattuizione contenuta in un verbale di conciliazione assistita.*

*Tale questione non risulta né espressamente proposta con i motivi di gravame né implicitamente desumibile dalla formulazione degli stessi né dibattuta tra le parti<sup>12,13</sup>.*

*Essa merita di essere trattata nel successivo paragrafo sub 4.*

\*\*\*\*\*

*4. Sul tema specifico, Cass. n. 5274/1987 ha ritenuto che la conciliazione in sede sindacale vincola il lavoratore «ed è inoppugnabile, ai sensi dell'art. 2113, ultimo comma, c.c., anche quando concerne la determinazione della qualifica del lavoratore stesso, non essendo a ciò di ostacolo la nullità sancita dall'ultimo comma dell'art. 2103 c.c.»<sup>14</sup>;*

12. Almeno per quanto consti dalla lettura della parte motiva, molto chiara, diffusa ed articolata.

13. Ed in tale scenario processuale, la medesima questione non potrebbe formare oggetto di ricorso per Cassazione [«*omissis*» in virtù dell'effetto sostitutivo della pronuncia della sentenza di appello e del principio secondo cui le nullità delle sentenze soggette ad appello si convertono in motivi di impugnazione, deriva che l'errore in cui sia incorso il giudice quanto alla individuazione del «*petitum*» (oltrepassato) e/o della «*causa petendi*» (mutata rispetto alla prospettazione), se commesso nel primo grado del giudizio, non può essere dedotto come mezzo di cassazione della sentenza di secondo grado quando non abbia formato oggetto di motivo del gravame rivolto al giudice di appello, posto che, ai fini della denuncia con ricorso per cassazione della violazione di norme di diritto, possono essere considerate solo le statuizioni del giudice di appello in relazione ai motivi ed alle richieste formulate dall'appellante, dovendosi, in caso contrario, indefettibilmente rilevare da parte del giudice di legittimità la formazione del giudicato interno sulle questioni che abbiano formato oggetto di dibattito in primo grado e della relativa pronuncia e che non siano state ritualmente riproposte, da chi vi ha interesse, al giudice di appello» (Cass. n. 6754/2003; v., in senso conforme, recentissimamente Cass. n. 26828/2018)].

14. La sentenza leggesi in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1988, fasc. 3, pag. 432 ss., e in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1988, pag. 368 ss.; v., in senso analogo, Cass. n. 4212/1986 [«Il diritto del lavoratore alla qualifica corrispondente alle mansioni dallo stesso effettivamente espletate, pur derivando da una norma inderogabile, qual è l'art. 2103 c.c., è nondimeno suscettibile di rinuncia o transazione ai sensi dell'art. 2113 c.c., non esistendo altra

e Cass. n. 3297/1987 ha puntualizzato che: «Il diritto del lavoratore all'irriducibilità della retribuzione (nei limiti derivanti dall'art. 2103 c.c.) rientra nella categoria dei diritti indisponibili e, in quanto tale, gode della tutela accordata dall'art. 2113 c.c. Ne consegue che, ferma la sanzione di nullità assoluta che colpisce le preventive pattuizioni collettive e individuali abrogative della disciplina legale in materia di mansioni, le rinunzie e le transazioni relative a pregresse violazioni di tale disciplina sono colpite dalla sanzione d'invalidità comminata dal 1° comma del citato art. 2113 c.c., ma debbono essere impugnate, a pena di decadenza, nei modi e nei termini previsti dai successivi commi dello stesso articolo»<sup>15, 16</sup>.

Non risultano pronunce difformi<sup>17</sup> – né anteriori né successive –, rispetto a quelle (sostanzialmente coeve) suindicate (ed alle altre conformi citate nelle note a piè pagina), della Suprema Corte.

norma che preveda per la rinuncia o per la transazione di particolari diritti del lavoratore, derivanti da norme cogenti, un trattamento giuridico diverso da quello generale contemplato dal citato art. 2113», in *Notiziario*, cit., 1986, pag. 802 ss.

15. Leggesi egualmente in *Notiziario*, cit., 1988, pag. 432 ss., e in *Massimario*, cit., 1987, pag. 370 ss.; v., in senso sostanzialmente conforme, Cass. n. 672/1987 [quest'ultima decisione chiarisce anche che: «Le norme inderogabili statuenti un diritto a favore del lavoratore possono essere violate o da un atto (incidente sul cosiddetto momento genetico del diritto stesso) che ne impedisce l'acquisizione o da un atto (incidente sul momento funzionale) dispositivo del diritto già acquisito dal titolare, configurandosi nella prima ipotesi la nullità e nella seconda ipotesi l'annullabilità del negozio compiuto in violazione di dette norme», in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1987, pag. 550 ss.; in proposito, osserva efficacemente Bianchini, annotando (in *Giur. It.*, 1987, I, col. 1039 e ss.) l'appena citata Cass. n. 672/1987, che «l'art. 2103 c.c. si coordina con l'art. 2113 c.c., nel senso che la nullità assoluta, sancita dalla prima norma, si riferisce, non ad ogni regolamentazione pattizia dei diritti del prestatore di lavoro, derivanti da norme inderogabili, ma solo a quelle "pattuizioni collettive o individuali derogative della disciplina legale, preordinate rispetto ai diritti e alle situazioni considerati" (così Cass., 11 marzo 1983, n. 1596), mentre, "una volta che tali diritti siano acquisiti al patrimonio del titolare, essi soggiacciono al regime di relativa indisponibilità per effetto del quale al lavoratore viene fissato un termine breve di decadenza per impugnare le rinunce e le transazioni concernenti i medesimi diritti" (così Cass., 11 marzo 1983, n. 1146)».

16. Ne deriva, consequenzialmente, che sono parimenti valide le relative pattuizioni – aventi ad oggetto rinunzie a diritti alla qualifica e-o allo svolgimento delle corrispondenti mansioni conformemente al disposto di cui all'art. 2103 c.c., nonché ai connessi diritti patrimoniali – qualora gli stessi già appartengano (come sembrerebbe nel caso in esame) alla sfera giuridico-economica del lavoratore.

17. O per lo meno le stesse non sono state massimate dal CED.



*Peraltro, costituisce ius receptum che sono ammissibili i rimedi alternativi, rispetto al gravame ex art. 2113 c.c., costituiti dalle impugnative ordinarie aventi ad oggetto i contratti o gli atti unilaterali ex art. 1418 ss., 1441 ss., 1972, 1324 c.c. ed altre norme allo scopo applicabili<sup>18,19</sup>, con cui si denunciano vizi invalidanti in relazione ai quali «l'intervento» dell'Ufficio Provinciale del Lavoro o della Commissione Provinciale di Conciliazione «non può esplicare alcuna efficacia sanante o impeditiva»<sup>20</sup>.*

*Trattasi ovviamente, con riferimento a tali impugnative, di ipotesi residuali, difficilmente verificabili in concreto, qual è – a titolo esemplificativo – quella della conciliazione, seppur stipulata in sede assistita, su un titolo nullo per illiceità della causa<sup>21</sup> o per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico<sup>22</sup>, ovvero per mancanza di causa negoziale o carenza di elementi essenziali<sup>23</sup>.*

\*\*\*\*\*

*5. Concludendo, ribadita l'approvazione – per le ragioni suesposte – della sentenza resa dalla Corte abruzzese, sarebbe stato interes-*

18. Cfr., tra le tante, Cass. n. 5849/1982, Cass. n. 6911/1983, Cass. n. 368/1984, Cass. n. 1805/1987, Cass. n. 12929/1991, Cass. n. 11107/2002; v., in epoca risalente, Cass. n. 1466/1964.

19. Le cui azioni, nella fattispecie in esame, risultano – dalla motivazione della sentenza – esercitate dal lavoratore-appellato; evidentemente, stante la mancata interposizione di un appello incidentale condizionato, le relative domande sono state ritenute assorbite in primo grado e pertanto sono state meramente riproposte, ex art. 346 c.p.c., in appello.

20. In tal senso cfr. Cass. n. 1552/1984.

21. V. il caso scrutinato da Cass. n. 5849/1982 (in *Giust. Civ.*, 1983, pag. 1545 ss.), cit., riguardante la rilevata nullità di un accordo transattivo stipulato in violazione dell'art. 1 della l. 1369/1960 considerandosi che «la trasgressione» del relativo divieto, «penalmente sanzionata (art. 2)», «comporta la nullità, per illiceità della causa, dei negozi costitutivi dell'intero rapporto, corrente tra lavoratore, intermediario e imprenditore destinatario delle prestazioni di lavoro, e la costituzione *ex lege* del rapporto di lavoro con quest'ultimo imprenditore (v. Sent. s.u. 22 ottobre 1980, n. 5684)»; egualmente l'illiceità della causa è stata ravvisata nella «rinuncia all'assunzione dietro compenso formulata da lavoratore avviato obbligatoriamente dall'U.P.L.M.O.» (Cass. n. 4207/1986, in *Giur. It.*, 1986, I, 1672 ss., con nota adesiva di Buoncristiano).

22. Ipotesi che non appaiono configurabili nella fattispecie in esame.

23. Cfr. Cass. n. 24024/2013 (in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 5/2014, pag. 475 ss., con nota adesiva di Garofalo), con la quale si è ritenuto invalido l'atto di transazione dal quale non si evincevano «la *res dubia* oggetto della lite (in atto o potenziale) e le «reciproche concessioni» in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 c.c.».

*sante verificare l'esito dello scrutinio dell'eventuale motivo di appello riguardante l'inoppugnabilità e l'intangibilità del patto di demansionamento contenuto nel verbale di conciliazione assistita.*

*Giuseppe Gialloredo*

Tribunale di Sulmona – 2 novembre 2017 – Giudice Bilò – Comune di Roccaraso c. Repubblica federale di Germania

**Giurisdizione nei confronti di Stato straniero – Domanda di risarcimento del danno da crimini di guerra o contro l'umanità – Sussistenza**

*Lo Stato straniero è soggetto alla giurisdizione del giudice italiano quando si sia reso responsabile di crimini di guerra o contro l'umanità. (1)*

[omissis]

Sulla giurisdizione italiana e l'immunità della Repubblica Federale di Germania.

1. Ai sensi dell'art. 3, comma 2, l. 31.05.1995, n. 218, la giurisdizione italiana va determinata secondo i criteri posti dalla Convenzione di Bruxelles del 27.03.1968, ratificata con l. 21.06.1971, n. 804, per le materie dalla stessa regolamentate e, in difetto, dalle regole dettate in materia di competenza.

2. Come anticipato, la pretesa risarcitoria degli odierni ricorrenti ed intervenuti scaturisce dal fatto illecito che si assume commesso tra il 16 ed il 21 novembre 1943, allorché i soldati appartenenti al Corpo d'armata tedesco, nell'ambito di un'ampia operazione di rastrellamento contro i partigiani e la popolazione civile, che a quelli si mostrava solidale, senza necessità e senza giustificato motivo, uccisero 128 abitanti del Comune di Roccaraso (AQ), tra cui anche anziani, donne e bambini. Trattasi di crimini contro l'umanità e di guerra, ai

sensi degli art. 7 e 8 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale che espressamente vietano, oltre all'omicidio volontario, gli attacchi contro civili che non prendano direttamente parte alle ostilità, gli attacchi e i bombardamenti, con qualsiasi mezzo, di città, villaggi, abitazioni o costruzioni che non siano difesi e che non costituiscano obiettivi militari, nonché, ai sensi dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12.08.1949, gli atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura. Secondo il consolidato insegnamento di dottrina e giurisprudenza, inoltre, i crimini contro l'umanità si connotano per il fatto di essere delitti particolarmente odiosi, che non corrispondono ad eventi sporadici o isolati ma costituiscono una prassi estesa o sistematica di atrocità, determinanti una seria lesione della dignità umana ovvero una grave umiliazione di uno o più civili o, se commessi in tempo di guerra, di persone che non prendono parte alle ostilità armate. Trattasi, pertanto, di atti illeciti perseguibili e punibili tanto se commessi durante un conflitto bellico quanto se commessi in tempo di pace (Cass. pen., sez. I, 21.10.2008, n. 1072). Non vi è dubbio, anche in considerazione di quanto emerso nei procedimenti celebrati in Italia in relazione ad analoghe barbarie (cfr. Cass. pen., sez. I, 21.10.2008, n. 1072, Milde, in relazione alla strage di Civitella, Cornia e San Pancrazio; Cass. pen., sez. I, 08.11.2007, n. 4060, Sommer + altri, riguardante il massacro di S. Anna di Stazzema; Cass. pen., sez. I, 16.11.1998, n. 1230, Priebke e Hass, riguardante l'eccidio delle Fosse Ardeatine), che tali requisiti ricorrano tutti nel caso che ci occupa, senz'altro riconducibile a quella strategia di sistematica ferocia attuata, per disposizioni provenienti dai capi supremi dello Stato nazista, anche contro la popolazione civile in violazione dei beni supremi della vita e della dignità delle persone (Cass. pen., sez. I, 21.10.2008, n. 1072).

3. Se si ritiene che gli atti che integrano crimini di guerra o contro l'umanità non possano, per ciò solo, qualificarsi come atti *iure imperii*, in quanto esorbitanti dall'esercizio tipico della potestà di governo (Cass. sez. un. 29.07.2016, n. 15812), la giurisdizione italiana e la competenza dell'adito Tribunale vanno affermate ai sensi dell'art. 5 n. 3 della citata Convenzione, come sostituito dapprima dall'art. 5

del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22.12.2000 e, successivamente, dall'art. 7 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.12.2012, secondo i quali la giurisdizione per i fatti illeciti dolosi e colposi si radica in capo al giudice del luogo in cui è avvenuto o può avvenire l'evento dannoso.

4. Qualora, invece, si mantenga la qualificazione degli eccidi compiuti dalle milizie tedesche nel corso della seconda guerra mondiale come espressione della sovranità statale, trattandosi di atti posti in essere nel corso di operazioni belliche (Cass. sez. un. 11.03.2004, n. 5044; C.I.G. 03.02.2012, *Germany v Italy (Greece intervening)*), i regolamenti richiamati non potranno ricevere applicazione, in quanto da ultimo l'art. 1 del reg. 1215/2012 stabilisce che esso "non si estende (...) alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)". Dovrà, pertanto, farsi riferimento alle regole dettate dal codice di procedura civile in materia di competenza e, nello specifico, all'art. 20 c.p.c. che, in relazione alle obbligazioni da fatto illecito, richiama il *locus commissi delicti* quale luogo in cui l'obbligazione risarcitoria è sorta.

5. E poiché la strage posta a fondamento delle pretese dei ricorrenti è intervenuta nel territorio di Roccaraso (AQ), che rientra nel circondario del Tribunale di Sulmona, ed in tale luogo i ricorrenti hanno sofferto le conseguenze connesse alla perdita dei familiari, vanno affermate tanto la giurisdizione italiana, quanto la competenza di questo giudice.

6. Non osta a tale conclusione la consuetudine di diritto internazionale che sottrae alla giurisdizione civile interna gli atti posti in essere dagli Stati esteri nell'esercizio della propria sovranità. Infatti, a fronte della sentenza del 03.02.2012, con la quale la Corte Internazionale di Giustizia ha escluso che tale regola trovi un limite nel compimento di crimini di guerra o contro l'umanità, la Corte Costituzionale è intervenuta a statuire l'incompatibilità di una consuetudine di tale estensione (la cui esistenza ha comunque ritenuto non più sindacabile a fronte dell'accertamento compiuto dalla Corte de L'Aja) con i principi fondanti della nostra Carta Costituzionale. Più precisamente, con sentenza del 22.10.2014, n. 238, il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli art. 2 e 24 cost., dell'art. 3 della l. 14.01.2013, n. 5, nella parte in cui obbligava il giudice nazionale ad

adeguarsi alla citata pronuncia della C.I.G., affermando l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich nel territorio italiano. Parimenti illegittimo è stato dichiarato l'art. 1 della l. 17.08.1947, n. 848, nella parte in cui, recependo l'art. 94 dello Statuto delle Nazioni Unite, obbligava il giudice nazionale ad adeguarsi alla citata pronuncia della Corte internazionale di giustizia e, quindi, a negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona. 7. La Consulta ha, invece, ritenuto infondato il dubbio di illegittimità costituzionale prospettato in relazione alla disposizione "prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, cost., della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati", ribadendo, però, che il meccanismo costituzionale di adeguamento automatico al diritto internazionale non possa operare in relazione a norme che si pongono in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento e confermando che la disposizione internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, nella parte in cui comprende anche atti, seppure ritenuti *iure imperii*, in violazione dei diritti fondamentali della persona, collide con detti principi fondamentali, tra cui va senz'altro annoverata la tutela, anche giurisdizionale, dei diritti inviolabili dell'uomo, ai sensi degli art. 2 e 24 cost. (C. cost. 22.10.2014, n. 238).

8. Vero è che il Giudice delle Leggi è intervenuto, in *parte qua*, con una pronuncia interpretativa di rigetto, come tale non direttamente vincolante, quantomeno, per i giudici diversi da quello rimettente.

Ma la stessa Cassazione, nel dare seguito alle indicazioni della Consulta, ha ricordato come dalle sentenze interpretative di rigetto derivi un vincolo (negativo) consistente nell'imperativo di non applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte costituzionale (Cass. sez. un. 02.01.2015, n. 2146, che richiama Cass. sez. un., 16 dicembre 2013, n. 27986).

[omissis]

## NOTA (1)

## PAR IN PAREM HABET IURISDICTIONEM

**SOMMARIO:** 1. *Premessa: giurisprudenza dei valori v. giurisprudenza degli interessi.* – 2. *Atti iure imperii v. atti contra ius cogens.* – 3. *L'esecuzione della condanna contro Stato straniero.* – 4. *Notazioni extra vagantes (tra politica e prescrizione).*

1. *L'ordinanza annotata<sup>1</sup> è stata resa dal Tribunale peligno a definizione della controversia promossa contro la Repubblica federale di Germania dal comune di Roccaraso e dagli eredi delle vittime – nonché dall'unica superstite – dell'eccidio di Pietransieri, al quale Lando Sciuba – valoroso collega di quel foro ed apprezzato storico locale – ha dedicato una delle sue documentate monografie, denunciando, oltre un ventennio or sono, trattarsi di “una ipotesi sinistramente esemplare di crimine di guerra”<sup>2</sup>. L'illustre amico non aveva tuttavia preconizzato che nel 2017 gli aventi diritto avrebbero conseguito, sia pure con intollerabile ritardo (non nella definizione del giudizio, svoltosi con lodevole celerità mercè la trattazione con il rito sommario di cognizione) rispetto all'epoca di consumazione di quell'orrenda strage (16-21 novembre 1943), l'accertamento e la sanzione del torto subito; né avrebbe potuto divinare tale esito, tanto incontroverso era all'epoca il principio dell'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione italiana, salvo che per atti compiuti iure privatorum.*

*Neppure lo studioso del processo civile – dell'ordine e della forma dei giudizi, per richiamare l'intitolazione del libro primo dell'abrogato codice del 1865 – può restare insensibile davanti a quella immane carneficina, consumata dai tedeschi (forse dovrei definirli nazisti, per non urtare la suscettibilità dei contemporanei: ma duole constatare che i responsabili erano pur sempre militari dell'esercito regolare germanico, non lanzichenecchi al soldo di un lestofante teutonico). Davanti a principi consolidati, quale è quello di diritto internazionale processua-*

1. Che può leggersi anche in *Giur. it.*, 2018, 1118, con nota di GIRARDI; *Corr. giur.*, 2018, 783, con note di PAPA-ZANOBETTI e FACCI

2. SCIUBA, *La via dell'onore*, Sulmona, 1996, 302.

*le par in parem non habet iurisdictionem, alla cui stregua la Repubblica federale di Germania avrebbe dovuto godere dell'immunità giurisdizionale, il processualista avverte un intimo disagio: possibile che dal sistema non possa invece trarsi una regola di segno contrario, tale che anche uno Stato sovrano, resosi responsabile di un crimine di guerra o contro l'umanità, possa lucrare una pronuncia di absolutio ab instantia da parte del giudice dello Stato nel quale fu commesso l'illecito?*

*La giurisprudenza dei valori risolverebbe negativamente la questione. Invece la giurisprudenza degli interessi – della quale l'ordinanza in commento rappresenta apprezzabile espressione – si cura dapprima di individuare la situazione soggettiva ritenuta meritevole di tutela giurisdizionale e quindi di trarre dall'ordinamento il rimedio idoneo allo scopo. L'attore che si affermi titolare di un diritto soggettivo (o di un interesse legittimo) ha diritto alla pronuncia nel merito: per richiamare l'insegnamento chiovendiano, "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"<sup>3</sup>; affinché, tuttavia, il giudice possa conoscere del merito, devono sussistere i presupposti processuali, tra i quali la giurisdizione.*

*Per richiamare concetti scolastici, è noto che la giurisdizione costituisce un potere sovrano dello Stato, al quale sono soggetti i cittadini; peraltro, anche lo straniero può essere convenuto davanti al giudice italiano, se ricorrono le condizioni previste dalla legge 31 maggio 1995, n. 218, dai regolamenti comunitari e dai trattati internazionali; tra i criteri che radicano la giurisdizione nazionale, in tema di obbligazioni da fatto illecito, rientra il locus commissi delicti; pertanto, il giudice italiano può conoscere della domanda risarcitoria proposta contro lo straniero autore di un illecito commesso nel territorio dello Stato; ne segue che, quando la responsabilità gravi su uno Stato straniero, dovrebbe incondizionatamente sussistere la giurisdizione del giudice italiano; tuttavia, costituisce principio consuetudinario di diritto internazionale (come tale vincolante ex art. 10 cost.) quello della immunità dello Stato dalla giurisdizione di altro Stato, quando abbia agito nell'esercizio delle sue funzioni sovrane e quindi iure imperii: par in parem non habet iurisdictionem.*

*2. Il canone da ultimo evocato è tuttavia inoperante quando lo Stato straniero si sia reso responsabile di crimini di guerra o contro*

3. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, II ed., Napoli, 1960 (rist.), 40.

*l'umanità. In questi casi lo Stato non agisce iure imperii (in quanto un barbaro eccidio non può rientrare, secondo la coscienza comune ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, tra gli atti compiuti nell'esercizio di una pubblica funzione), ma contra ius cogens. Già Hegel avvertiva che "nel fatto che gli Stati si riconoscano reciprocamente per tali, resta, anche nella guerra – condizione di non-giuridicità, di violenza e accidentalità – un vincolo (...); la guerra è determinata come qualcosa che deve esser transitorio. Essa contiene, quindi, la determinazione di diritto internazionale, per cui in essa è conservata la possibilità della pace, e, quindi, p. es., sono rispettati gli ambasciatori; e per cui, in generale, essa non è fatta contro le istituzioni interne e la vita pacifica di famiglia e privata, né contro le persone private"<sup>4</sup>.*

*Il carattere non assoluto del principio par in parem non habet iurisdictionem, recessivo dinanzi all'esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali della persona, è il risultato di una laboriosa elaborazione giurisprudenziale. Con una prima innovativa pronuncia la Cassazione annullò con rinvio la decisione che aveva dichiarato il difetto di giurisdizione nei confronti della Repubblica federale di Germania, convenuta in giudizio davanti al Tribunale di Firenze da un cittadino deportato in un campo di prigionia in territorio tedesco, negando l'immunità giurisdizionale in fattispecie di crimini lesivi della dignità umana<sup>5</sup>.*

*Ma dopo che erano state dichiarate esecutive in Italia sentenze greche che avevano condannato la Germania, in relazione a crimini di guerra commessi durante l'occupazione della penisola ellenica da parte delle truppe tedesche, ed era stata iscritta ipoteca giudiziale, a garanzia dei crediti risarcitori, su un immobile della Repubblica federale di Germania situato in Italia e destinato a sede di un centro culturale, la Corte internazionale di giustizia dell'Aja, con sentenza 3 febbraio 2012<sup>6</sup>, riconobbe l'immunità giurisdizionale allo Stato convenuto ed impose al nostro Paese di emanare una legge che rendesse inefficaci le condanne pronunciate in violazione di tale limite.*

4. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. di Messineo, Bari, 1974, 327.

5. Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, *Giur. it.*, 2005, 1125, con nota di DE SENA-DE VITTOR.

6. Edita in *Corr. giur.*, 2012, 597, con nota di CONSOLO; in *Foro it.*, 2013, IV, 389, con note di PALMIERI e MALTESE.



*A tanto si provvede con l'art. 3 legge 14 gennaio 2013, n. 5, che prescrive la rilevazione officiosa del difetto di giurisdizione ed ammise che le sentenze passate in giudicato potessero essere impugnate per tale vizio con la revocazione straordinaria. La giurisprudenza dovette conformarsi allo ius superveniens, negando la giurisdizione del giudice italiano nei confronti della Repubblica federale di Germania<sup>7</sup>.*

*Dichiarata l'incostituzionalità della norma<sup>8</sup>, la S.C. ha da ultimo negato l'immunità giurisdizionale alla Germania, essendo cessato il vincolo conformativo a carico del legislatore italiano imposto dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012<sup>9</sup>. A tale principio si è attenuta l'ordinanza in rassegna, che ha dichiarato la Repubblica federale di Germania soggetta alla potestas iudicandi del giudice italiano e, ritenuta la propria competenza ratione loci (per essersi consumato l'illecito nel circondario del Tribunale di Sulmona), ha accolto nel merito la domanda, nella contumacia del convenuto.*

*3. La tutela erogata dal provvedimento in rassegna non sarebbe piena ed effettiva se la misura fosse insuscettibile di esecuzione forzata. Se la sentenza è strumentale alla tutela della situazione protetta, l'esecuzione è strumentale all'attuazione – senza ed anzi contro la volontà dell'obbligato – della misura condannatoria: l'interesse materiale del creditore resterebbe insoddisfatto se la condanna fosse inesequibile, riducendosi a mero flatus vocis.*

*A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, per violazione degli art. 2 e 24 cost., dell'art. 3 legge 14 gennaio 2013, n. 5 e dell'art. 1 legge 17 agosto 1957, n. 848, nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, il Parlamento, in sede di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 nella legge 10 novembre 2014, n. 162, ha aggiunto l'art. 12 bis, a tenore del quale "non sono soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, le somme a disposizione dei soggetti di cui all'articolo 21, comma 1, lettera a), del-*

7. Cass., sez. un., 21 gennaio 2014, n. 1136; Cass., sez. un., 21 febbraio 2013, n. 4284.

8. C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238, *Giur. it.*, 2015, 339, con nota di GIRARDI; *Foro it.*, 2015, I, 1152, con note di PALMIERI e SANDULLI; *Giur. cost.*, 2014, 3853, con note di CONFORTI, PINELLI, BRANCA, CAPONI e RIMOLI.

9. Cass., sez. un., 13 gennaio 2017, n. 762; Cass., sez. un., 29 luglio 2016, n. 15812; Cass., sez. un., 28 ottobre 2015, n. 21946.

*la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni (...), depositate su conti correnti bancari o postali, in relazione ai quali il capo della rappresentanza, del posto consolare o il direttore, comunque denominato, dell'organizzazione internazionale in Italia, con atto preventivamente comunicato al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e all'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria presso cui le medesime somme sono depositate, ha dichiarato che il conto contiene esclusivamente somme destinate all'espletamento delle funzioni dei soggetti di cui al presente comma". Prosegue il capoverso che "effettuate le comunicazioni di cui al comma 1 non possono eseguirsi pagamenti per titoli diversi da quelli per cui le somme sono vincolate", mentre in forza del terzo comma "il pignoramento non determina a carico dell'impresa depositaria l'obbligo di accantonamento delle somme di cui al comma 1, ivi comprese quelle successivamente accreditate, e i soggetti di cui al comma 1 mantengono la piena disponibilità delle stesse".*

*La norma<sup>10</sup> è parzialmente analoga all'art. 159 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ma di imperfetta fattura: restano immuni dal vincolo esecutivo le disponibilità pecuniarie delle rappresentanze diplomatiche necessarie all'espletamento delle funzioni istituzionali, che però non sono definite; nulla è previsto in ordine alla periodicità (che per gli enti locali è semestrale) della comunicazione dell'ammontare delle somme vincolate; è peraltro da ritenersi che il vincolo, per essere opponibile al creditore, debba essere stato imposto e comunicato al Ministero anteriormente al pignoramento ed essere contenuto nei limiti delle effettive necessità funzionali; opera sia a favore che contro il debitore, al quale è preclusa l'esecuzione di pagamenti per titoli diversi da quelli vincolati, sotto pena di inefficacia; se il creditore deduce che sono stati eseguiti pagamenti per titoli diversi da quelli vincolati, grava sul debitore, in applicazione del principio di vicinanza della prova, l'onere di dimostrare che gli atti solutori si riferiscono a prestazioni essenziali per il funzionamento della rappresentanza diplomatica.*

10. Commentata da PENASA, *Le nuove limitazioni poste alla pignorabilità delle somme di denaro depositate presso i conti correnti bancari o postali delle rappresentanze consolari straniere*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 459 ss.

*La nullità del pignoramento eseguito in violazione degli anzidetti limiti è rilevabile d'ufficio; in difetto, il debitore può proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 2, c.p.c. fino alla pronuncia dell'ordinanza di assegnazione del credito pignorato. Contro la dichiarazione di anticipata chiusura non soddisfatta il creditore ha il potere e l'onere di proporre opposizione agli atti esecutivi<sup>11</sup>.*

*La disposizione – che, per quanto consta, è rimasta finora inapplicata – si risolve in sostanziale elusione del decisum della Corte costituzionale, rendendo ineffettiva la tutela giurisdizionale esecutiva. Al creditore è infatti preclusa l'espropriazione immobiliare delle sedi diplomatiche (e quella mobiliare degli arredi), ritenute impignorabili in quanto destinate all'espletamento delle pubbliche funzioni dello Stato straniero<sup>12</sup>. Il pignoramento dei conti correnti bancari e postali viene quindi a costituire – benchè la norma in commento, diversamente dall'art. 159 d.lgs. n. 267/2000, non vieti expressis verbis forme espropriative diverse – l'unico strumento di soddisfazione coattiva del creditore. L'art. 19 bis cit., con il rimettere all'arbitrio del debitore la determinazione della somma vincolata, si presta peraltro ad un'interpretazione adeguatrice, atta a prevenirne la dichiarazione di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 cost.: l'esecutante può infatti contestare la dichiarazione del debitor debitoris, il quale deduca che il credito pignorato è indisponibile (alla stregua della comunicazione inviatagli dall'esecutato in data anteriore al pignoramento), lamentando l'eccessività o l'inefficacia del vincolo e provocando l'incidentale accertamento endoesecutivo ex art. 549 c.p.c. Il giudice dell'esecuzione procederà in tal caso agli accertamenti del caso circa i requisiti formali e la congruità sostanziale della comunicazione inviata dal debitore al Ministero e provvederà con ordinanza alla risoluzione della questione.*

*È dubbio che nel caso di specie il titolo esecutivo giudiziale potrà essere utilizzato – senza che si renda necessario il previo exequatur – ai fini dell'esecuzione forzata nel territorio della Repubblica federale di Germania, ai sensi del reg. UE n. 1215/2012<sup>13</sup>, che per espressa previ-*

11. In generale, sull'opposizione all'esecuzione con la quale sia dedotta l'impignorabilità v. CIRULLI, *Le opposizioni nel processo esecutivo*, Milano, 2018, 43 ss.

12. Cass., 29 gennaio 2010, n. 2041; Cass., sez. un., 17 luglio 2008, n. 19601.

13. Sul quale v. D'ALESSANDRO, *Il titolo esecutivo europeo nel sistema del regolamento n. 1215/2012*, Riv. dir. proc., 2013, 1044 ss.

sione dell'art. 1 non si applica nell'ipotesi di accertata "responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)". È vero che secondo la giurisprudenza costituzionale e civile italiana i crimini di guerra o contro l'umanità non rientrano in tale categoria: ma è prevedibile che lo Stato tedesco chiederà il diniego del riconoscimento ex art. 45, invocando la causa di esenzione prevista dall'art. 1, sul contrario assunto che gli atti di guerra costituiscono esercizio della sovranità statale.

4. Con questa finale considerazione il processualista *functus est munere suo*. Resta lo sconforto del cittadino dinanzi al deplorabile silenzio serbato dalla politica e dall'informazione sulla questione, che involge i rapporti – già non idilliaci – tra Italia e Germania; e lo sconcerto davanti al paradosso del Ministero degli affari esteri che interviene nel processo per adiuvarne non i cittadini ricorrenti, ma lo Stato straniero convenuto, "al dichiarato fine di non incorrere in una violazione del diritto internazionale, con le connesse responsabilità" (così l'ordinanza annotata): come se nella gerarchia dei valori universalmente condivisi l'immunità giurisdizionale prevalesse sulla tutela della vita di 128 civili innocenti.

Si noti che il Ministero aveva eccepito la prescrizione: l'eccezione – che correttamente non è stata esaminata, stante la contumacia del convenuto, cui era riservato il potere di opporla – sarebbe stata, se ritualmente sollevata, votata al rigetto: e non solo in ragione della predicata imprescrittibilità dei crimini di guerra o contro l'umanità<sup>14</sup> (alla stregua di una regola consuetudinaria di diritto internazionale), ma anche ex positivo iure, secondo le norme di diritto italiano vigenti all'epoca dell'eccidio di Pietrarsieri. L'art. 2947, comma 3, c.c. prevede infatti che se il fatto illecito è considerato dalla legge come reato, per il quale sia stabilita una prescrizione superiore a quella dei precedenti commi, il maggior termine si applica anche all'azione civile. Poiché nel fatto controverso erano ravvisabili gli estremi del delitto di strage, punibile con l'ergastolo (art. 422 c.p.), ed i reati con tale pena sanzionati sono imprescrittibili (art. 157, comma 8, c.p.), ne segue che il diritto al risarcimento del danno non soggiace a prescrizione.

Massimo Cirulli

14. Trib. Firenze, 6 luglio 2015, *Danno e resp.*, 2016, 752, con nota di MOLINARI; Trib. Torino, 20 maggio 2010, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 1006, con nota di SERRANO'.

Tribunale di Lanciano – Sentenza 19/04/2018 n. 150 – Presidente Canosa – Rel. Nappi – S.F. c/ B.E.

**Successioni per causa di morte – Successione testamentaria – Condizione sospensiva – Condizione di assistenza per tutta la vita del testatore – Legittimità – Morte prematura del testatore – Mancato avveramento della condizione – Sussiste**

*È inefficace il testamento per mancato avveramento della condizione sospensiva dell'obbligo di prestare assistenza al testatore fino alla sua morte e il "più a lungo possibile" se questi muore pochi giorni dopo la confezione del testamento. (1)*

[omissis]

Fatto e diritto

1. F. S. (d'ora in avanti, F.), dopo aver proposto ricorso per sequestro giudiziario *ante causam* ha convenuto in giudizio E. B. domandando la declaratoria di nullità, l'annullamento per incapacità o, subordinatamente, la declaratoria di inefficacia della "scrittura privata" testamento olografo del 22 agosto 2013, pubblicato il 10 settembre 2013 (notaio C. di Pescara), con il quale il fratello G. S. (d'ora in avanti, G.; deceduto il 4 settembre 2013) ha disposto di tutti i suoi beni in favore di B.; la declaratoria della propria qualità di "erede universale" di G.; la condanna di B. alla restituzione dei beni oggetto della "disposizione", in particolare delle somme di cui a contratto di conto corrente bancario n. ... (euro 25.572,21) e del certificato di contratto di deposito bancario n. ... con valore di euro 220.000,00 al 4 settembre 2013, entrambi già in corso con Banca P. filiale ... di Lanciano, oltre interessi "e rivalutazione"; la condanna di B. alla restituzione della somma di euro 450,00, prelevata a mezzo bancomat sul conto corrente bancario di G. il 27 agosto 2013, oltre interessi "e rivalutazione"; la condanna di B. al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. per resistenza temeraria nel giudizio cautelare.

B. si è costituita chiedendo il rigetto delle domande; domandando in via riconvenzionale subordinata la condanna di F. al "rimborso di tutte le spese sostenute, sia per spese funerarie che per le pratiche successorie, ivi compresi gli adempimenti fiscali, anche di trascrizione e di accatastamento che, complessivamente, ammontano a circa 34.000,00" euro.

I giudici istruttori precedentemente designati si sono entrambi astenuti per gravi ragioni di convenienza; il primo giudice ha disposto c.t.u. sulle condizioni di capacità di G. al tempo della redazione del testamento; all'esito, il Tribunale ha fissato udienza di precisazione delle conclusioni.

2. Le domande sono fondate nei sensi di seguito esposti.

[*omissis*]

2.2. La scrittura privata di G. del 22 agosto 2013 è evidentemente (e comunque ai sensi dell'art. 1367 c.c., applicabile al testamento: Cass. 595/1972) un testamento olografo; infatti, integralmente autografa (requisito specificativo formale del testamento olografo rispetto al *genus* delle scritture private, che richiedono autografia della sola sottoscrizione), è un negozio unilaterale, recando la sottoscrizione solo di G. (sicché non può essere qualificato come contratto di donazione nullo), ha a oggetto tutti i beni di G. (con elencazione meramente specificativa della locuzione "tutti i miei Beni") e non depone in senso contrario l'utilizzo di coniugazioni al presente, usuale nelle disposizioni *mortis causa*, in quanto chi testa "dispone", al presente, "per il tempo in cui avrà cessato di vivere" (art. 587, co. 1, c.c.).

2.3. La scrittura privata di G. del 22 agosto 2013 è un testamento olografo inefficace.

2.3.1. L'interpretazione del testamento si caratterizza rispetto all'interpretazione degli altri atti negoziali per il ruolo esclusivo assegnato alla ricerca della volontà del testatore (Cass. 110/1984), pur sempre nel contesto delle dichiarazioni testamentarie.

Ebbene, con il testamento del 22 agosto 2013 G. istituisce sì sua erede B., ma sottolinea altresì, più volte, il dovere della beneficiaria istituita, di venti anni più giovane, di assisterlo e di curarlo: prima con le parole "deve assistermi, per tutta la mia VITA, dimostrando davanti alla legge, che la signora B.E., ha fatto il POSSIBILE per farmi VIVERE bene, e di farmi VIVERE il più a lungo POSSIBILE"; poi, con una aggiunta successiva alla prima sottoscrizione, "ANCHE se non c'è più la casa di Riposo (la casa ...) la Signora B.E. deve assistermi, lo stesso, durante tutta la mia VITA, deve assistermi bene, e il più a lungo possibile, lo deve dimostrare davanti alla legge".

Il Tribunale ritiene che G., nel richiedere a B. di "assisterlo bene", per "tutta la vita", in modo da farlo "vivere bene", "il più a lungo possibile", anche al di fuori della casa di riposo, manifesta univocamente una

volontà di duratura assistenza, non limitata alle prestazioni nell'ambito dell'attività professionale della beneficiaria (che, appunto, si svolgeva all'interno della "Casa ..."); una assistenza non solo sino alla morte, ma anche per tutta la vita, ossia per un tempo che G. voleva consistente, testualmente "lungo".

Ciò, evidentemente, non è stato. G. si è sentito male il 19 agosto 2013; è stato presentato a B. il 20 agosto 2013 e accolto lo stesso giorno nella "Casa ..."; ha redatto il testamento il 22 agosto 2013; è stato ricoverato presso gli ospedali di Lanciano e poi Chieti a partire dal 24 agosto 2013; è deceduto il 4 settembre 2013, ossia tredici giorni dopo il testamento.

2.3.2. Il "dovere" che G. ha posto alla istituita B. deve essere qualificato come condizione testamentaria, ai sensi dell'art. 633 c.c.

Infatti, in primo luogo, tale dovere non può essere qualificato come onere, che diventa attuale solo con l'apertura della successione e quindi, nel caso di specie, solo quando non avrebbe potuto più essere adempiuto, essendo morto il testatore.

In secondo luogo, tale dovere non può essere qualificato come obbligazione, che avrebbe dovuto essere pattuita con la beneficiaria della disposizione *mortis causa* e avrebbe reso il negozio una "convenzione" successoria istitutiva, nulla ai sensi dell'art. 458 c.c.

La qualificazione come condizione, pertanto, è anch'essa l'unica che risponda al principio di conservazione ex art. 1367 c.c.; in particolare, la "duratura assistenza" a G. era, al momento del testamento, un evento futuro e incerto, né è necessario che l'evento dedotto in condizione sia futuro anche rispetto alla apertura della successione; sicché, secondo la giurisprudenza, la condizione di assistenza al testatore fino alla sua morte è valida (Cass. 6061/1981; Cass. 1823/1970).

Il giudizio di verifica dell'evento dedotto in condizione è un giudizio meramente 'oggettivo', pertanto, nel caso di testamento, ove quell'evento consista nella condotta del beneficiario, è del tutto irrilevante che il beneficiario non abbia potuto porre in essere la condotta per causa a lui non imputabile.

La condizione ha una incidenza diretta sulla efficacia della disposizione testamentaria; in particolare, la definitiva mancata verifica della condizione sospensiva comporta automaticamente l'inefficacia della disposizione testamentaria (Cass. 18219/2013).

2.4. In ragione della inefficacia integrale del testamento, la successione di G. è una successione (integralmente) 'ab intestato', nella quale ai fratelli del defunto che non lasci coniuge, discendenti e ascendenti, spetta l'intera eredità (art. 570, co. 1, c.c.).

F. domanda la declaratoria della propria qualità di "crede universale" di G.; in tale domanda è presupposta l'accettazione dell'eredità.

2.5. Ancora in ragione della inefficacia integrale del testamento, B. è possessore senza titolo della somma di euro 25.572,21 di cui al contratto di conto corrente n. ... e del certificato di contratto di deposito bancario n. ... del valore di euro 220.000,00, entrambi stipulati da G. con (la dante causa di) Banca P. filiale ... di Lanciano; somme e certificato che F. specificamente allega prelevate e acquistate in possesso da B. dopo la morte di G., sostanzialmente conformi alla elencazione contenuta nel testamento olografo di G., risultanti anche dalle produzioni di B. (all. 2 seconda memoria ex art. 183, co. 6, c.p.c.) e che la stessa non ha contestato, nemmeno genericamente, di avere rispettivamente prelevato e nel proprio possesso, con le conseguenze ex art. 115, co. 1, c.p.c.

Il Tribunale, ritenuto il testamento di G. inefficace per mancata verifica di evento condizionale sospensivo, ritiene conseguentemente che B. sia possessore in buona fede dei beni predetti, ai sensi dell'art. 535 c.c.; pertanto, ai sensi dell'art. 1148 c.c., è tenuta a pagare gli interessi solo dal giorno della domanda giudiziale, ossia dalla notificazione del ricorso cautelare *ante causam*, che il Tribunale ritiene provata il 15 aprile 2014.

2.6. È infondata la domanda di F. di condanna di B. alla restituzione di euro 450,00 prelevati sul conto corrente bancario di G. il 27 agosto 2013, ossia prima della morte dello stesso, "mediante utilizzo del bancomat datole in custodia dal titolare"; infatti, per tale prelievo risulta provato un titolo per il quale non sono in atti allegati e provati fatti che possano fondare una qualificazione di nullità; titolo consistente nella autorizzazione di F., che può anche integrare una donazione indiretta.

2.7. La domanda riconvenzionale di B., avente a oggetto somme pagate a titolo della successione dichiarata inefficace, cui sostanzialmente in via conclusiva F. non si oppone (domandando in memoria di replica la condanna di B. alle restituzioni predette "al netto delle rimborso delle anticipazioni di spesa per come accertate, quantificate e liquidate dal Giudicante"), è fondata nella somma minore di euro



29.726,45, specificamente allegata e documentata nei titoli e nel pagamento (all. 11-18 seconda memoria ex art. 183, co. 6, c.p.c.; all. 24).

2.8. Conclusivamente, il credito restitutorio di F., al netto dei pagamenti effettuati da B. a titolo di erede, ammonta a euro 215.845,76, quale residuo del credito da contratto di deposito bancario [omissis]

#### NOTA (1)

*La sentenza oggetto di questo breve commento si segnala per la particolare eccentricità della interpretazione che il giudice ha dato alla volontà testamentaria; tale eccentricità è talmente marcata al punto che le conclusioni cui è giunto il Tribunale non paiono aver colto nel segno.*

#### I fatti

*Tizio, presumibilmente celibe e senza figli, redige un testamento olografo in cui nomina come propria erede universale una signora (di venti anni più giovane, come si premura di precisarci la sentenza), all'epoca del testamento infermiera in una casa di riposo. Nella scheda testamentaria egli scrive che la sua erede deve assisterlo per tutta la sua vita, deve assisterlo bene e deve fare il possibile per farlo vivere bene (come se ciò dipendesse dalla volontà della erede). Purtroppo però il testatore muore dopo solo pochi giorni dalla redazione del testamento. L'erede pubblica, e fa valere, il testamento che tuttavia viene impugnato dall'erede legittimo, e così la controversia giunge alla cognizione del giudice frentano.*

#### La qualificazione e interpretazione del testamento da parte del Tribunale

*Il Tribunale ricostruisce nella sentenza quella che, a parer proprio, costituisce la volontà del testatore: obbligare la nominata erede ad assisterlo, a farlo vivere bene e, soprattutto, a farlo vivere il più a lungo possibile. Sottolinea, poi, il Tribunale, ed è questo il primo salto logico del giudice frentano, che il testatore abbia voluto imporre alla erede una*

*obbligazione di assistenza, e dunque “di durata”, che dovesse essere prestata sì fino alla morte ma anche per un tempo che – afferma il Tribunale – il testatore voleva fosse per tutta la vita e quindi (verrebbe da dire: secondo le intenzioni del testatore) fosse particolarmente lungo.*

*Il Tribunale sembra ricostruire la volontà del de cuius come se questi si prefigurasse una attività, da parte della erede, lunga, duratura, impegnativa, posto che il testatore aveva espresso il desiderio di venire assistito bene, e all’altezza delle sue condizioni di vita. Verrebbe da dire che il testatore nel redigere la clausola testamentaria avesse avuto presente l’attività di assistenza in parallelo alla durata che il medesimo si aspettava della propria vita.*

*Nella motivazione della sentenza sembra riecheggiare l’idea per cui la volontà del testatore fosse, almeno secondo il giudice frentano, che la propria erede quella eredità se la sarebbe dovuta “meritare”. E ciò sarebbe avvenuto, secondo la prefigurazione del testatore, solo se l’attività di assistenza della erede si sarebbe prolungata per tanto tempo, per lungo tempo, ossia per quel lungo periodo di tempo per cui egli sperava di poter ancora vivere.*

*L’idea di base del Tribunale, quindi, è proprio questa e cioè che l’attività di assistenza da parte del soggetto nominato erede dovesse protrarsi per un tempo apprezzabilmente lungo, molto lungo, corrispondente a quel periodo di tempo che il testatore si aspettava di poter ancora vivere.*

*Sotto il profilo giuridico, il Tribunale, dopo aver qualificato l’atto portato alla propria cognizione come scrittura privata unilaterale – e segnatamente un testamento – e non come atto bilaterale, e dopo aver escluso che si trattasse di una donazione (laddove sarebbe stato più corretto, forse, escludere che si trattasse di patto successorio fra ereditando ed erede<sup>15</sup>, ancorché nullo) qualifica la disposizione contenente l’obbligo a carico dell’erede come condizione sospensiva e non come*

15. Se ci si fosse trovati innanzi ad un accordo bilaterale, infatti, questo avrebbe presentato tutte le caratteristiche del patto successorio istitutivo e non di una donazione, posto che gli effetti dell’atto non si sarebbero dovuti verificare immediatamente ma “in ragione” della morte del disponente; per la ricostruzione della natura dei patti successivi quali atti in cui la morte non costituisce solo un momento temporale ma “quale accadimento in grado di caratterizzare l’atto sotto un profilo oggettivo funzionale”, si veda BARBA, *I patti successivi e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 14.

onere, sulla base dell'assunto, condivisibile, secondo cui l'attività richiesta all'erede si dovesse estrinsecare prima della morte del testatore<sup>16</sup>, laddove invece l'onere testamentario (im)pone una attività che deve necessariamente essere svolta dopo la morte del testatore stesso.

Sulla base di tale assunto, il Tribunale ha proceduto a verificare se la condizione si fosse verificata oppure no, allo scopo di verificare se vi fosse stata o no delazione a favore della beneficiata.

Tale verifica, ha sostenuto il giudice frenzano, deve essere svolta utilizzando un criterio "oggettivo", che prescinde cioè da connotazioni di imputabilità o no, a carico dell'obbligato, del mancato verificarsi dell'evento, ed è quindi giunto alla conclusione per cui l'evento medesimo, appunto, non si sarebbe verificato, posto che il testatore è morto pochi giorni dopo la confezione del testamento.

Detto in termini più chiari: secondo il Tribunale la condizione non si sarebbe verificata in quanto il tempo per cui si è protratta l'attività di assistenza della erede è stato troppo breve o, se si preferisce, non lungo a sufficienza. E siccome per tale tipo di verifica si prescinde dalla imputabilità del mancato avveramento dell'evento, a nulla rileva che questo mancato avveramento non sia dipeso da volontà o colpa della chiamata alla eredità, ma dal mero e oggettivo fatto della mancanza di una assistenza sufficientemente lunga.

Valutati così i fatti, il Tribunale ha dichiarato il testamento inefficace per mancato avveramento della condizione sospensiva<sup>17</sup>.

### Critica

Come anticipato all'inizio di questo breve commento, le argomentazioni logico-giuridiche del Tribunale non appaiono persuasive. Con-

16. Le diverse tesi circa il concetto di futurità in relazione alla disposizione testamentaria sono riassunte in modo esaustivo da DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 15, il quale porta ad esempio proprio la circostanza che il testatore istituisce erede taluno a condizione che lo assista sino alla morte. Ivi l'autore offre una chiave di lettura ed una soluzione per il caso in cui l'evento non si verifichi.

17. Come si cercherà di chiarire più avanti nel testo, il punto nevralgico di tutta la vicenda appare risiedere proprio su questo aspetto e cioè se l'evento dedotto in condizione si sia avverato oppure no. Nel caso in cui si condividesse la tesi del Tribunale secondo la quale l'evento non si sarebbe verificato, è condivisibile la conseguenza che se ne fa discendere, ossia la caducazione della disposizione. Cfr. in tal senso DI MAURO, *op. cit.*, p. 16

*divisibile, come accennato, è la ricostruzione della disposizione testamentaria in termini di condizione sospensiva; non altrettanto lo sono però la ricostruzione della volontà testamentaria che il Tribunale ha voluto individuare nelle parole del testatore e soprattutto la conclusione per cui l'evento dedotto in condizione sarebbe mancato, determinando la caducazione del lascito testamentario.*

*Non sembra corretto dire che l'attività di assistenza da parte del soggetto nominato erede, perché potesse dirsi assolto l'obbligo di assistenza, appunto, si sarebbe dovuta protrarre per un periodo lungo, quasi che il lascito ereditario dovesse essere "meritato" con il lavoro di assistenza. E ciò principalmente per due ragioni: la prima è l'interesse del testatore, la seconda è l'assoluta incertezza che il concetto di "lunghezza" di un periodo di tempo reca con sé.*

*1) L'interesse perseguito dal testatore.*

*Sotto il primo profilo appare fin troppo evidente che l'interesse perseguito dal testatore mercè la clausola testamentaria è soprattutto quello di provvedere a sé stesso e non tanto quello di "onerare" la beneficiaria con una attività di assistenza in qualche modo duratura.*

*È più che evidente, si potrebbe aggiungere, che nella mente del testatore vi fosse l'idea che questo periodo di assistenza dovesse essere lungo, in quanto egli stesso si immaginava di vivere a lungo e voleva che la beneficiaria si adoperasse nel curarlo per tutta la vita. Appare chiaro cioè che il testatore volesse premiare la beneficiaria della disposizione solo se questa avesse dimostrato di aver assolto il proprio compito.*

*La preoccupazione del testatore era quindi che la beneficiaria non lo abbandonasse ma si dedicasse a lui per tutta la vita. È questo il punto centrale del pensiero del testatore, non che l'attività di assistenza fosse lunga in quanto tale.*

*2) La lunghezza della durata dell'obbligo.*

*È questo uno dei punti deboli della sentenza in esame. La corte ha fondato la propria decisione sulla circostanza che, a proprio giudizio, l'attività di assistenza si sarebbe dovuta protrarre per un tempo lungo, ma che invece si è interrotta a causa della morte del testatore-assistito.*

*Occorre quindi analizzare come sia corretto procedere ossia se ritenere che la lunghezza del protrarsi dell'obbligo di assistenza deve essere inteso in senso oggettivo oppure soggettivo.*

*Appare certamente preferibile il criterio soggettivo per due ragioni. La prima, fin troppo evidente, è che sarebbe arduo, se non impossibile, individuare un criterio certo, oggettivo, appunto, rispetto a quale parametrare il protrarsi dell'attività di assistenza (10 anni? 20 anni?). La seconda ragione risiede nel carattere soggettivo dell'interesse che l'attività di assistenza è rivolta a soddisfare. Come si ritiene di aver chiarito sopra, l'interesse e l'esigenza che il testatore aveva di mira non erano di rendere la beneficiaria una assistente infermieristica, bensì quello di avere un'assistenza fino a che fosse rimasto in vita. E se nella condizione di assistenza fino alla morte l'esigenza è quella proprio di avere un'assistenza da parte di una persona fino all'estremo esito, ne consegue che tale interesse viene soddisfatto, e quindi la condizione avverata, anche se il testatore decede poco, pochissimo tempo dopo la confezione del testamento. Il suo interesse è stato comunque soddisfatto e raggiunto. Si potrebbe anche dire che la lunga durata dell'attività di assistenza è un posterius rispetto al prius che è la vita del testatore. L'equazione è quindi: assistenza = mia vita residua. E sono conseguentemente, ed auspicabilmente, ma non necessariamente: mia vita residua lunga = assistenza lunga.*

*In conclusione, appare fondato ritenere che la condizione sospensiva di assistenza dedotta dal testatore si sia verificata in quanto l'erede ha assistito il testatore per il termine più lungo possibile. Che poi questo termine non sia stato oggettivamente lungo non rileva affatto, sia perché l'erede non poteva certo impedire la morte del testatore sia perché l'interesse del medesimo è stato completamente soddisfatto. Solo la sorte ha fatto sì che la prestazione dell'erede si sia dovuta protrarre per poco tempo<sup>18</sup>.*

*Marco Faieta*

18. Appare forse utile rammentare che l'obbligo di assistenza, intesa quale assistenza vitalizia, e ciò vale sia se l'obbligo è di fonte pattizia che di fonte unilaterale, è sempre connotato da un elemento aleatorio, che può, in concreto, determinarsi anche a (netto) favore di una delle parti, come nel caso in esame in cui l'assistito è deceduto solo dopo poco tempo dalla disposizione.

Tribunale di Pescara – ordinanza del 31 marzo 2018 – Est. D. Capezzerà – M.A. + 1 c/ S. C. Spa + BPER Spa.

**Espropriazione forzata – Aggiudicazione compendio immobiliare pignorato – Diniego sanatoria opere abusive del debitore – Opposizione agli atti esecutivi – Inefficacia o nullità del decreto di trasferimento – aliud pro alio – Non sussiste**

*La vendita forzata va considerata quale vendita sui generis, affine alla vendita volontaria solo per gli effetti che ne conseguono; la stessa si inserisce infatti quale sub procedimento nell'ambito del processo esecutivo, ove prevalenti le esigenze pubblicistiche e gli elementi processualistici su quelli prettamente negoziali; ne deriva la non applicabilità, sic et simpliciter, della disciplina dettata per la vendita volontaria in tema di tutela dell'acquirente (es. garanzia per vizi della cosa ex art. 1490 c.c., actio redhibitoria, actio quanti minoris, ecc.). Da qui, pur se sussumibile nella vendita giudiziaria la categoria dell'aliud pro alio, ricorre quest'ultima fattispecie solo quando il bene trasferito (aggiudicato) è completamente diverso da quello risultante dalla descrizione del bando di vendita, manca delle qualità necessarie per assolvere la sua naturale funzione economico sociale ovvero risulta del tutto compromessa la destinazione della cosa all'uso che, preso in considerazione nella ordinanza di vendita (es. casa di abitazione), ha costituito elemento determinante per l'offerta di acquisto. (1)*

[omissis]

Con ricorso depositato in data 19/2/2018, A. M. e S. S., in qualità di aggiudicatari del compendio immobiliare pignorato, hanno proposto opposizione ex art. 617 c.p.c., chiedendo: in via preliminare, la sospensione della procedura esecutiva e, conseguentemente, la sospensione delle operazioni di riparto; nel merito, previa concessione dei termini per l'introduzione del giudizio a cognizione piena, l'inefficacia o la nullità del decreto di trasferimento, con conseguente restituzione del prezzo versato, nonché di tutte le spese conseguenti al decreto di trasferimento e alla domanda di sanatoria.

Gli opposenti hanno dedotto che, a seguito dell'avvio del provvedimento di diniego da parte del Comune di Pescara alla sanatoria delle opere effettuate dal debitore esecutato, il decreto di trasferimento sarebbe viziato e comunque invalido ed inefficace.

Si sono costituiti i creditori S. e Banca B.P.E.R. che hanno chiesto il rigetto della proposta opposizione.

[omissis]

Il ricorso proposto è infondato ed il provvedimento di sospensione concesso inaudita altera parte va pertanto revocato. [omissis]

2. Nel merito, va rilevato che, indiscussa tra le parti l'astratta configurabilità di una doglianza di trasferimento di *aliud pro alio* nella vendita giudiziaria, la questione principale che viene proposta all'esame del Giudice è quella della sussumibilità del caso qui esaminato alla categoria dell'*aliud pro alio* ed in via riflessa dell'assimilabilità alla stessa dell'ipotesi della mancanza di qualità essenziali alla funzione economico-sociale del bene, intesa con specifico riferimento ad un immobile nella situazione di abitabilità dello stesso.

2.a. La risoluzione della questione non può evidentemente prescindere dalla peculiare natura della vendita esecutiva, normalmente definita dalla giurisprudenza come vendita *sui generis*, affine alla vendita solo per gli effetti che ne conseguono e, invece, propria del processo per la struttura e la funzione, giacché realizza congiuntamente l'interesse pubblico (connesso a ogni processo giurisdizionale) e l'interesse privato (dei creditori concorrenti e dell'aggiudicatario).

2.b. Conseguo da ciò la giustificazione dell'esclusione, sul piano normativo, della garanzia per vizi della cosa e, in via di interpretazione, l'inapplicabilità alla vendita esecutiva delle regole dettate per la compravendita in tema di tutela dell'acquirente.

[omissis]

2.c. In particolare, va detto che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel porre una sostanziale distinzione, in ordine all'estensione della disciplina dell'art. 2922 c.c., tra vizi della cosa e mancanza di qualità, da un lato, e consegna di *aliud pro alio*, dall'altro lato, rinvia ad un consolidato principio [omissis] secondo cui si ha vizio redibitorio oppure mancanza di qualità essenziale della cosa, qualora questa presenti imperfezioni che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero qualora essa ap-

partenga, per caratteristiche strutturali, ad un tipo diverso o ad una specie diversa da quella pattuita; mentre ricorre l'*aliud pro alio*, qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inadatto ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta (Cass. 18 maggio 2011, n. 10916 n. 5202 del 7 marzo 2007, n. 5202; Cass. 25 settembre 2002 n. 13925).

3. In tale prospettiva, l'esclusione della garanzia per vizi della cosa, prevista dall'art. 2922, comma 2, c.c. con riguardo alla vendita compiuta nell'ambito di procedimenti esecutivi, viene riferita dalla prevalente giurisprudenza a tutte le fattispecie prefigurate dagli art. 1490, 1491, 1492, 1493, 1494, 1495, 1496 e 1497 c.c.; ne risulta, corrispondentemente, individuata la fattispecie estranea all'area di applicabilità della norma nell'*aliud pro alio* e inclusa in essa, sia pure non con univocità di soluzioni, anche l'*aliud pro alio sub specie* di mancanza delle particolari qualità necessarie per assolvere la naturale funzione economico-sociale del bene, quale risultante dalla descrizione nel bando di vendita.

[omissis]

3.a. In tale prospettiva, che riporta alla premessa iniziale appare, invece, utile il richiamo ad un recente arresto della Corte di Cassazione (Cass. civ. 2 aprile 2014, n. 7708) che – affrontando il tema (contiguo a quello che ci occupa) del mezzo idoneo a far valere l'*aliud pro alio* nella vendita giudiziaria e individuandolo, in quello interno al processo esecutivo (qui esperito) dell'opposizione agli atti, soggetto al termine decadenziale di cui all'art. 617 c.p.c. – ha proceduto ad un'approfondita rimediazione della nozione di vendita forzata, da intendersi quale (sub-) procedimento che si inserisce nel processo esecutivo, il cui nucleo essenziale è costituito dalla combinazione tra un provvedimento dell'organo esecutivo e un atto giuridico unilaterale di natura privata (offerta del terzo acquirente). Nell'occasione, valorizzando la prevalenza degli elementi processualistici su quelli prettamente negoziali, in ragione della collocazione sistematica e della funzione della vendita esecutiva, cui è strettamente correlata un'esigenza di stabilità, è stato evidenziato, per quanto qui rileva, che: la vendita forzata non può essere regolata *sic et simpliciter* dalla disciplina di quella volontaria (a cominciare da quella in tema di interpretazione, ma per proseguire con quella in tema di vizi della volontà o validità del vincolo negoziale); i suoi stessi effetti resta-



no regolati da una disciplina speciale, nella quale si ravvisano soltanto alcuni dei principi generali della vendita volontaria, assorbiti e coordinati in vista delle esigenze pubblicistiche del procedimento esecutivo, in cui essa si inserisce; l'oggetto della vendita forzata va ricostruito, non già secondo l'ermeneutica contrattuale, ma in base ai contenuti degli atti del processo esecutivo, primo fra tutti il decreto di trasferimento di cui all'art. 586 c.p.c. e, solo subsidiariamente, dagli atti presupposti (Cass. 21 luglio 1988, n. 4732; Cass. 19 settembre 1975, n. 3067; Cass. 9 dicembre 1966, n. 2884; Cass. 7 agosto 1963, n. 2216): oggetto che, quindi, si identifica nel bene prima staggito, poi stimato, descritto nel bando e con questo posto in vendita, quindi aggiudicato ed infine oggetto del decreto di trasferimento. L'*aliud pro alio* configura un'ipotesi di vizio, vale a dire di nullità, del decreto di trasferimento e cioè dell'atto del processo esecutivo col quale solo, per consolidata giurisprudenza si perfeziona il trasferimento coattivo del bene staggito; ne consegue che l'aggiudicatario di un bene pignorato ha il (solo) rimedio della tempestiva opposizione agli atti esecutivi (nel limite temporale massimo dell'esaurimento della fase satisfattiva dell'espropriazione forzata, costituito dalla definitiva approvazione del progetto di distribuzione, entro il termine perentorio di venti giorni dalla legale conoscenza dell'atto viziato, ovvero dal momento in cui la conoscenza del vizio si è conseguita o sarebbe stata conseguibile secondo una diligenza ordinaria) per far valere *aliud pro alio*, configurabile ove la cosa appartenga ad un genere del tutto diverso da quello indicato nell'ordinanza, ovvero manchi delle particolari qualità necessarie per assolvere la sua naturale funzione economico-sociale, oppure risulti del tutto compromessa la destinazione della cosa all'uso che, preso in considerazione nell'ordinanza di vendita, abbia costituito elemento determinante per l'offerta di acquisto.

3.b. Dando continuità e concretezza ai principi sopra esposti, questo Giudice osserva, innanzitutto, che la diversità strutturale della vendita forzata rispetto a quella negoziale, nonché la mancanza di disciplina positiva e il carattere meramente interpretativo del fondamento dell'estensione dell'istituto alla vendita forzata risultano ostative all'adozione in materia di una nozione lata dell'*aliud pro alio*. L'indicata nullità del decreto di trasferimento è, dunque, ravvisabile solo in ipotesi di radicale o sostanziale diversità della cosa oggetto della vendita, in cui, venendo effettivamente meno il nucleo essenziale e l'oggetto stesso

della vendita forzata, quale risulta specificato e determinato dall'offerta dell'aggiudicatario e dalla stessa determinazione dell'organo giudicante, la cosa aggiudicata risulti essere diversa da quella sulla quale è incolpevolmente caduta l'offerta dell'aggiudicatario. In tale prospettiva, e in applicazione di un criterio distintivo di natura funzionale, l'*aliud pro alio* va ravvisato anche quando, successivamente al trasferimento, la cosa oggetto della vendita forzata risulti del tutto inidonea, nella considerazione economico-sociale, ad assolvere la funzione propria della cosa, quale risultante dagli atti del procedimento; così individuandosi il tratto distintivo dell'*aliud pro alio sub specie* di mancanza delle particolari qualità della cosa necessaria ad assolvere la sua funzione economico-sociale rispetto al vizio redibitorio (che rientra, invece, nell'area dell'art. 2722 c.c.) in una situazione di radicale e definitiva compromissione della destinazione della cosa all'uso che, preso in considerazione nell'ordinanza di vendita, abbia costituito elemento determinante per l'offerta dell'aggiudicatario.

4. Ciò posto e precisato, altresì, che l'esame degli atti non dà riscontro della tardività dell'opposizione adombrata dalla creditrice opposta B.P.E.R. atteso che gli aggiudicatari hanno provato di aver proposto il ricorso nei venti giorni decorrenti dalla conoscenza del rigetto della pratica di condono, ritiene la giudicante che la fattispecie qui esaminata debba collocarsi correttamente nell'alveo dei principi indicati, escludendosi nello specifico, l'*aliud pro alio* in considerazione che: a) dalla mera lettura del doc. n. 7 depositato dalla parte opponente con le memorie di replica vale a dire di un ordine di demolizione riguardante una parte del bene staggito si evince che "il Comune di Pescara, Settore Tecnico - Servizio Edilizia Privata ed Urbanistica, nell'ordinare la demolizione del locale garage, evidenziava che "è possibile provvedere alla demolizione senza pregiudizio per le opere [omissis]"; b) nell'elaborato peritale il CTU arch. A.C. ha evidenziato, quanto al lotto RIF I, che "... non esiste rispondenza tra lo stato dei luoghi e il progetto allegato all'ultima autorizzazione [omissis]. Le difformità riscontrate sono quelle riportate nella domanda di condono edilizio protocollato in data 10.12.2004, non ancora definito [omissis] Tali abusi potrebbero essere sanati attraverso la richiesta di definizione della domanda di condono edilizio [omissis] .... nella valutazione si è tenuto conto dell'onere necessario alla definizione della domanda di condono edilizio;

[omissis]

5. Dunque, è indiscusso che esisteva presso l'ufficio tecnico competente una domanda di condono non ancora definita sicché il ctu ha correttamente rappresentato la reale situazione in cui si trovava il bene al momento della vendita dando atto che la amministrazione comunale avrebbe dovuto decidere sulla detta domanda.

5.1. Dalla lettura della perizia e degli stessi atti di causa del resto emerge che non risulta comunque alterata la struttura essenziale o le caratteristiche fondamentali del bene perché si tratta pur sempre di casa di abitazione, regolarmente edificata ma che richiede da parte degli acquirenti interventi di ripristino.

5.2. Infine, i profili di difficoltà o onerosità degli interventi, evidenziati dagli aggiudicatari pur se comportanti *prima facie* una diminuzione del valore del bene staggito – comunque superiore rispetto al prezzo dell'aggiudicazione – non ne escludono allo stato la sua praticabilità.

6. In definitiva, non sembra possa confermarsi il provvedimento sospensivo che, anzi, deve essere revocato.

[omissis]

NOTA (1)

**ESPROPRIAZIONE FORZATA – OPPOSIZIONE AGLI ATTI ESECUTIVI – ALIUD PRO ALIO**

*Con il provvedimento in rassegna, il Tribunale di Pescara, nella persona del G.E., statuisce in ordine alla domanda di "opposizione agli atti esecutivi" proposta dagli aggiudicatari di un bene espropriato, allorché eccettuato il trasferimento di "aliud pro alio". Da qui, la disamina di molteplici profili giuridici, dalla proponibilità della domanda di opposizione, sua natura e termini, sino alla individuazione delle eccezioni spendibili dagli oppositori, così svolgendo un parallelismo tra l'istituto della vendita volontaria e quello della vendita forzata.*

*La pronuncia del Tribunale si rivela di particolare interesse in quanto approfondisce un tema ricorrente all'interno delle procedure esecutive ed in relazione al quale, a tutt'oggi, non si hanno interpretazioni univoche, in dottrina così come in giurisprudenza.*

*Argomentando in ordine alla distinzione tra vendita volontaria e vendita forzata, il Giudice chiarisce come quest'ultima non sia un incontro tra due volontà negoziali, ma miri a realizzare congiuntamente l'interesse pubblico connesso a ogni processo giurisdizionale e l'interesse privato dei creditori concorrenti e dell'aggiudicatario.*

*Da qui, esclusa una semplice estensione analogica delle rispettive discipline, allorché la seconda si realizza indipendentemente dalla volontà del debitore, mutuando in via esclusiva dal provvedimento del Giudice dell'esecuzione. (Cass. 9 giugno 2010 n. 13824, Cass. 27 febbraio 2004, n. 3970).*

*L'istituto della vendita giudiziaria non andrà dunque esaminato secondo l'ermeneutica contrattuale ma in base ai contenuti degli atti del processo esecutivo, primo fra tutti il decreto di trasferimento.*

*Anche l'esame dei relativi precetti normativi, posti "a tutela della stabilità dei suoi effetti traslativi", porta ad escludere l'applicabilità delle norme fissate a salvaguardia dei diritti dell'acquirente nell'ambito della vendita volontaria, quali l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), la "garanzia per i vizi della cosa venduta" (art. 1490 c.c.), la "rescissione per lesione" (art. 1448 c.c.) e l'azione di risarcimento del danno (art. 1494 c.c.).*

*In particolare l'art. 2922 c.c., inserito nella sezione terza del codice civile, dedicata agli "effetti della vendita forzata e dell'assegnazione", esclude espressamente la "garanzia per i vizi della cosa" (art. 1490 c.c.) senza tuttavia fare menzione della garanzia per vendita di "aliud pro alio"; da qui, mentre la dottrina è orientata verso il riconoscimento di tale garanzia, la giurisprudenza della Corte di legittimità è pervenuta a conclusioni spesso contrastanti, ammettendo di volta in volta: azione generale di annullamento ex art. 1427 e 1429 c.c., svincolata dall'opposizione agli atti esecutivi (Cass. 21249/2010; Cass. 10015/1998); azione generale di nullità parziale del negozio di vendita dipendente dall'incolpevole ignoranza della situazione di fatto dell'immobile da parte dell'aggiudicatario (Cass. 10320/1991); garanzia ex art. 1489 c.c. per cosa venduta gravata da oneri o diritti di godimento di terzi (Cass. 21384/2005); opposizione agli atti esecutivi per i soggetti del processo esecutivo diversi dall'aggiudicatario, mentre a favore di quest'ultimo ritiene applicabili i rimedi della vendita volontaria, oltre a quelli endoesecutivi a disposizione degli altri soggetti del processo (Cass. 4378/2012).*

*Orbene, il primo ordine di problemi nasce dalla difficile distinzione in concreto tra vizi, mancanza di qualità essenziali e aliud pro alio (per due recenti casi, nell'ambito della vendita forzata, v. Cass., 12 luglio 2016, n. 14165 e Cass., 25 ottobre 2016, n. 21480).*

*Secondo la giurisprudenza, ricorre la fattispecie dell'aliud pro alio «quando il bene aggiudicato appartiene ad un genere del tutto diverso da quello indicato nell'ordinanza di vendita, ovvero manca delle qualità necessarie per assolvere la sua naturale funzione economico-sociale, ovvero risulta compromessa la destinazione del bene all'uso che, preso in considerazione dalla succitata ordinanza, ha costituito elemento determinante per l'offerta di acquisto» (v. Cass. n. 21480/2016; Cass., 3 ottobre 1991, n. 10320; Cass. 11018/1994, Cass. 206/1978, Cass. 1698/1981).*

*Dalla riferita diversità viene meno il nucleo essenziale e l'oggetto stesso della vendita forzata, conseguendone la sostanziale nullità della stessa e il diritto dell'aggiudicatario alla ripetizione di quanto versato.*

*Il vizio redibitorio (art. 1490 c.c.) e la mancanza di qualità promesse o essenziali (art. 1497 c.c.) presuppongono, diversamente, l'appartenenza della cosa al genere pattuito; si differenziano poi tra loro «in quanto il primo riguarda le imperfezioni ed i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa medesima, mentre la seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra» (Cass., 5 aprile 2016, n. 6596).*

*Il secondo ordine di problemi lo si rinviene nella necessità di coordinare il rimedio di matrice sostanziale con il contesto processuale della vendita forzata.*

*La "duplice natura" della vendita coattiva conduce la più recente giurisprudenza a ritenere che il vizio dell'offerta di acquisto determini la nullità del decreto di trasferimento, ma che tale nullità debba denunciarsi con strumenti di carattere processuale ossia con l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. (v. Cass., sez. III, 2 aprile 2014, n. 7708, in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, 873, con nota di Cossignani, Aliud pro alio e opposizione agli atti esecutivi; Cass., 29 gennaio 2016, n. 1669).*

*Così argomentando, se da un lato si favorisce la stabilità della vendita forzata, dall'altro, si comprimono i termini per l'esercizio di un diritto di matrice sostanziale che, fuori del processo, si estinguerebbe in uno spazio temporale ben più ampio.*

*Come bilanciamento a questa limitazione la Cassazione riconosce una sorta di "mobilità" del dies a quo per la proposizione dell'opposizione. Infatti, benché l'atto viziato sia il decreto di trasferimento (in parallelo con il contratto di compravendita nei trasferimenti volontari), la conoscenza della diversità del bene potrebbe essere acquisita solo in un successivo momento.*

*Ne deriva che, ferma la regola generale secondo cui il termine di 20 giorni per proporre opposizione decorre dal decreto di trasferimento, perché possa operare lo "slittamento" del dies a quo, è onere dell'opponente allegare e provare il diverso e successivo momento in cui ha acquisito conoscenza del vizio o della difformità del bene (v. Cass. civ., sez. VI, 11 maggio 2017 n. 11729; Cass. n. 7708/2014). Spetterà ai controinteressati dimostrare che l'aggiudicatario avrebbe potuto acquisire la conoscenza in data anteriore usando l'ordinaria diligenza.*

*L'ipotetico accoglimento di una simile domanda pone poi il problema – sia teorico sia pratico – della reviviscenza degli effetti del pignoramento.*

*Quanto alla legittimazione processuale se di regola è interesse dell'aggiudicatario far valere il vizio, non è da escludersi che l'iniziativa possa essere presa anche dal debitore (ex multis Cass. 14 ottobre 2010, n. 21249).*

*Ci si interroga, infine, sulla praticabilità di rimedi diversi da quelli recuperatori e alternativi a questi.*

*A titolo meramente esemplificativo si potrebbe prospettare un'azione di arricchimento da parte dell'aggiudicatario, ferma la difficoltà di individuare la parte legittimata passivamente, potendo questa identificarsi tanto nel debitore esecutato quanto nei creditori soddisfatti con la distribuzione; ipotesi quest'ultima che, ad avviso dello scrivente, dovrebbe escludersi a mente del precetto normativo di cui all'art. 2920 c.c.*

*Ed ancora, considerando che la nullità del decreto di trasferimento sovente trae origine da errori contenuti nella perizia di stima, sembra ammissibile, almeno in astratto, un'azione risarcitoria nei confronti del professionista incaricato della relativa redazione.*

*Alla luce delle surriferite argomentazioni, correttamente il Tribunale di Pescara ha applicato al caso di specie il seguente principio di diritto: "l'aggiudicatario di un bene pignorato ha l'onere di far valere l'ipotesi di aliud pro alio con il solo rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi e quest'ultima deve essere esperita comunque – nel limite temporale massimo dell'esaurimento della fase satisfattiva dell'espropriazione forzata, costituito dalla definitiva approvazione del progetto di distribuzione – entro il termine perentorio di venti giorni dalla legale conoscenza dell'atto viziato, ovvero dal momento in cui la conoscenza del vizio si è conseguita o sarebbe stata conseguibile secondo una diligenza ordinaria; dall'accoglimento della domanda, subordinato alla radicale o sostanziale diversità del bene oggetto di vendita, deriva poi la nullità del decreto di trasferimento pronunciato dal G.E."*

*Concludendo, per avere gli aggiudicatari proposto opposizione agli atti esecutivi entro i successivi venti giorni dall'avvenuta conoscenza del provvedimento di diniego alla istanza di condono (vizio), la domanda è da considerarsi tempestiva; pur tuttavia è da escludersi la ricorrenza dell'ipotesi di "aliud pro alio" in quanto gli aggiudicatari del bene ancor prima del provvedimento di aggiudicazione hanno avuto piena contezza delle difformità urbanistiche – puntualmente descritte nella perizia di stima – in relazione alle quali già pendeva presso il Comune di Pescara domanda di condono; ed ancora, così come illustrato in perizia e successivo provvedimento di demolizione a cura del Comune, i vizi di costruzione hanno interessato esclusivamente il locale garage la cui rimozione non coinvolge comunque l'abitazione principale, anch'essa oggetto di aggiudicazione, così da escludersi il venir meno delle funzioni e caratteristiche principali della stessa; da ciò, la legittima reiezione della domanda di opposizione, non sussistendone i presupposti di legge.*

*Alessio Ritucci*

Tribunale di Pescara – sentenza 29 agosto 2018, n. 1248 – Est. Ursileo – C. c. M.

**Matrimonio – Divorzio – Assegno ex art. 5 comma 6 L. Div. – Natura – Funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa – Attribuzione e quantificazione – Criteri – Compositi – Contributo alla vita familiare e al patrimonio comune e personale, durata del matrimonio, età del richiedente**

*In tema di assegno divorzile alla stregua della recente sentenza n. 18287 del 2018 della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, il relativo giudizio di accertamento sull'an e sul quantum deve essere effettuato sulla base del criterio composito che tenga conto della natura assistenziale di detto assegno ed in pari misura della funzione compensativa e perequativa di esso, tenendo conto delle condizioni economico-patrimoniali delle parti e del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto. (1)*

[omissis]

Motivi della decisione

Si premette e si rimanda, quanto alla domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto dalle parti, alla sentenza non definitiva n. 1260/2016 emessa dal Tribunale di Pescara, nonché alla contestuale ordinanza con la quale la causa veniva rimessa in istruttoria per l'espletamento delle prove inerenti la domanda di assegno divorzile.

In proposito, va detto che: il ricorrente ha proposto un assegno divorzile in favore della ex moglie di €. 800 al mese; la resistente ha formulato domanda di assegno divorzile per €. 2000 al mese; con l'ordinanza del 27.10.2015, il Presidente del Tribunale, in sede di comparizione coniugi, aveva provvisoriamente confermato la previsione convenuta dalle parti con gli accordi di separazione e quindi disposto un assegno, in favore della resistente, di €. 1.400 al mese, in considerazione di un reddito netto mensile, in media, del C. di circa €. 4.700, della mancanza di reddito della M. e della circostanza che la situazione ereditaria di quest'ultima, conseguente al decesso della madre nel



2010, era sorta anteriormente agli accordi di separazione omologati il 24.11.2011, e dunque, già nota alle parti al momento degli accordi.

Nel corso del presente giudizio, veniva espletata la prova orale ammessa e all'udienza del 7.7.2016, sulla base dell'istanza di modifica dell'importo dell'assegno in quanto il C. era stato posto, d'ufficio, in Aspettativa per Riduzione Quadri con decorrenza dal 31.12.2015, con una riduzione dello stipendio a circa €. 3250 netti mensili (cfr. cedolini allegati, con l'aggiunta della tredicesima), il g.i. ha ridotto l'importo ad €. 1.085 al mese, con decorrenza da gennaio 2016.

Ora, quanto al diritto all'assegno di divorzio, si richiamano i principi fissati da ultimo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza del 11.7.2018, n. 18287), che hanno enunciato quanto segue:

1. i principi di autodeterminazione ed autoresponsabilità hanno orientato non solo la scelta degli ex coniugi di unirsi in matrimonio ma, ciò che è più rilevante ai fini degli effetti conseguenti al suo scioglimento così come definiti nella l. n. 898 del 1970 art. 5, comma 6, hanno determinato il modello di relazione coniugale da realizzare, la definizione dei ruoli, il contributo di ciascun coniuge all'attuazione della rete di diritti e doveri fissati dall'art. 143 c.c. La conduzione della vita familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile. Alla reversibilità della scelta relativa al legame matrimoniale non consegue necessariamente una correlata duttilità e flessibilità in ordine alle condizioni soggettive e alla sfera economico patrimoniale dell'ex coniuge al momento della cessazione dell'unione matrimoniale;

2. Il legislatore è stato largamente consapevole del forte condizionamento che il modello di relazione matrimoniale prescelto dai coniugi può determinare sulla loro condizione economico-patrimoniale successiva allo scioglimento. Per questa ragione ha imposto al giudice di "tenere conto" di una serie d'indicatori che sottolineano il significato del matrimonio come atto di libertà e di auto responsabilità, nonché come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita;

3. L'art. 5, comma 6 attribuisce all'assegno di divorzio una funzione assistenziale, riconoscendo all'ex coniuge il diritto all'assegno di divorzio quando non abbia mezzi "adeguati" e non possa procu-

rarseli per ragioni obiettive...da accertarsi anche utilizzando i poteri istruttori officiosi attribuiti espressamente al giudice della famiglia a questo specifico scopo. Tale verifica è da collegare causalmente alla valutazione degli altri indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, al fine di accertare se l'eventuale rilevante disparità della situazione economico-patrimoniale degli ex coniugi all'atto dello scioglimento del vincolo sia dipendente dalle scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, con il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti in funzione dell'assunzione di un ruolo trainante endofamiliare, in relazione alla durata, fattore di cruciale importanza nella valutazione del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e/o del patrimonio dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione della relazione matrimoniale, anche in relazione all'età del coniuge richiedente ed alla conformazione del mercato del lavoro. La situazione economico-patrimoniale del richiedente costituisce il fondamento della valutazione di adeguatezza che, tuttavia, non va assunta come una premessa meramente fenomenica ed oggettiva, svincolata dalle cause che l'hanno prodotta, dovendo accertarsi se tali cause siano riconducibili agli indicatori delle caratteristiche della unione matrimoniale così come descritti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, i quali, infine, assumono rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio. Solo mediante una puntuale ricomposizione del profilo soggettivo del richiedente che non trascuri l'incidenza della relazione matrimoniale sulla condizione attuale, la valutazione di adeguatezza può ritenersi effettivamente fondata sul principio di solidarietà che, come illustrato, poggia sul cardine costituzionale fondato della pari dignità dei coniugi (art. 2, 3 e 29 cost.);

4. Ove la disparità abbia questa radice causale e sia accertato che lo squilibrio economico patrimoniale conseguente al divorzio derivi dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali fondate sull'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente o prevalentemente all'interno della famiglia e dal conseguente contributo fattivo alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge, occorre tenere conto di questa caratteristica della vita familiare nella valutazione dell'inadeguatezza dei mezzi e dell'incapacità del coniuge richiedente di procu-

rarseli per ragioni oggettive. La piena ed incondizionata reversibilità del vincolo coniugale non esclude il rilievo pregnante che questa scelta, unita alle determinazioni comuni assunte in ordine alla conduzione della vita familiare, può imprimere sulla costruzione del profilo personale ed economico-patrimoniale dei singoli coniugi, non potendosi trascurare che l'impegno all'interno della famiglia può condurre all'esclusione o limitazione di quello diretto alla costruzione di un percorso professionale-reddituale;

5. Ne consegue che la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà e che conduce al riconoscimento di un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza, secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente. Il giudizio di adeguatezza ha, pertanto, anche un contenuto prognostico riguardante la concreta possibilità di recuperare il pregiudizio professionale ed economico derivante dall'assunzione di un impegno diverso. Sotto questo specifico profilo il fattore età del richiedente è di indubbio rilievo al fine di verificare la concreta possibilità di un adeguato ricollocamento sul mercato del lavoro;

6. L'eliminazione della rigida distinzione tra criterio attributivo e criteri determinativi dell'assegno di divorzio e la conseguente inclusione, nell'accertamento cui il giudice è tenuto, di tutti gli indicatori contenuti nell'art. 5, comma 6 in posizione equiordinata, consente, in conclusione, senza togliere rilevanza alla comparazione della situazione economico-patrimoniale delle parti, di escludere i rischi d'ingiustificato arricchimento derivanti dalla adozione di tale valutazione comparativa in via prevalente ed esclusiva, ma nello stesso tempo assicura tutela in chiave perequativa alle situazioni, molto frequenti, caratterizzate da una sensibile disparità di condizioni economico-patrimoniali ancorchè non dettate dalla radicale mancanza di autosufficienza economica ma piut-

tosto da un dislivello reddituale conseguente alle comuni determinazioni assunte dalle parti nella conduzione della vita familiare... la funzione equilibratrice dell'assegno, deve ribadirsi, non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale ma soltanto al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla realizzazione della situazione comparativa attuale;

7. in conclusione le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "Ai sensi della l. n. 898 del 1970 art. 5, comma 6, dopo le modifiche introdotte con la l. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto".

La valutazione da compiere è, dunque, quella, essenzialmente, di accertare il rapporto causale tra la disparità economica eventualmente esistente tra i coniugi e l'impegno profuso dal coniuge economicamente più debole nella conduzione della vita familiare e nella formazione del patrimonio oltre che comune anche dell'altro, tenendo conto, quanto al criterio delle "ragioni della decisione" pure previsto dall'art. 5, comma 6, l.div., che, se per un verso postula una indagine sulla responsabilità del fallimento del matrimonio in una prospettiva comprendente l'intero periodo della vita coniugale, e quindi in una valutazione che attenga non soltanto alle cause determinative della separazione, ma anche al successivo comportamento dei coniugi che abbia concretamente costituito un impedimento al ripristino della comunione spirituale e materiale ed alla ricostituzione del consorzio familiare, per altro verso deve essere inteso nel senso che il comportamento dei coniugi anteriore alla separazione resta pur sempre superato ed assorbito dalla valutazione effettuata al riguardo dal giudice della separazione ovvero da quella delle

stesse parti nel caso di separazione consensuale omologata (cfr. Cass. 27.12.2011, n. 28892).

[omissis]

#### NOTA (1)

*L'emarginata sentenza del Tribunale pescarese, emessa in materia di divorzio e attribuzione dell'assegno ex art. 5 comma 6 l. 898/70, rappresenta una delle prime pronunce dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, con la sentenza dell'11 luglio 2018 n. 18287, ha composto il precedente contrasto di giurisprudenza sul punto.*

*Tale contrasto, venutosi a creare per effetto della precedente decisione della prima sezione della Corte di Cassazione: la sentenza n. 11504 del 10 maggio 2017, riguardava i criteri per il riconoscimento e la determinazione dell'assegno divorzile, individuati non più specialmente nel tenore di vita goduto in costanza di matrimonio (sulla base del principio elaborato dalla giurisprudenza della S.C. ed adottato per circa trent'anni in tutti i Tribunali) bensì nel requisito dell'autosufficienza economica del richiedente.*

*È stato ora chiarito dalle Sezioni Unite che l'assegno divorzile riveste natura assistenziale nonché parimenti compensativo-perequativa e il relativo accertamento va effettuato applicando criteri compositi, quali la valutazione delle condizioni economico-patrimoniali delle parti e, soprattutto, il contributo fornito alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente. Il parametro così indicato si fonda sui principi costituzionali di pari dignità e di solidarietà che permeano l'unione matrimoniale anche dopo lo scioglimento del vincolo.*

*La sentenza in oggetto fa, dunque, tempestiva e puntuale applicazione dei suddetti principi, peraltro modificando il precedente orientamento dello stesso Tribunale di Pescara, che aveva invece recepito integralmente le indicazioni di Cass. 11504/2017.*

Tribunale di Vasto, Ordinanza 29.1.2018, G.U. Capuozzo, D. / A.

**Mediazione – effettiva partecipazione delle parti – necessità – mancanza – improcedibilità della domanda**

*Sia nel caso di mediazione obbligatoria che nell'ambito di quella volontaria la comparizione personale delle parti è necessaria ed indispensabile al fine di considerare avverata la condizione di procedibilità della domanda. (1)*

[omissis]

Il giudice nel procedimento in epigrafe indicato, trattenuto in decisione all'udienza del 10.10.17; scaduti i termini per repliche in data 2.1.18; esaminato il verbale di mediazione, evidenzia quanto segue.

Il decidente ritiene che, sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, d.lgs. n. 28/2010, sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario – ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda – che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo art. 8) all'incontro con il mediatore. Graverà su quest'ultimo, in qualità di soggetto istituzionalmente preposto ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia della puntuale osservanza delle condizioni di regolare espletamento della procedura, l'onere di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti, ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro, sollecitando anche informalmente il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione, ovvero dando atto a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire.

La parte, che avrà interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda, avrà l'onere di partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti; potrà, altresì, pretendere che, nel verbale d'incontro, il mediatore dia atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di

mediazione, a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri.

Solo una volta acclarato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata, essendo in questo caso impensabile che il convenuto possa, con la propria colpevole o volontaria inerzia, addirittura beneficiare delle conseguenze favorevoli di un declaratoria di improcedibilità della domanda, che paralizzerebbe la disamina nel merito delle pretese avanzate contro di sé. Negli altri casi e segnatamente, quando è la stessa parte che ha agito (o che intende agire) in giudizio a non presentarsi personalmente in una procedura di mediazione da lei stessa attivata (anche su ordine del giudice), la domanda si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile, per incompiuta osservanza delle disposizioni normative che impongono il previo corretto esperimento del procedimento di mediazione. Nel caso in esame, nella procedura di mediazione, l'attore non è comparso personalmente, ma ha delegato un difensore – avv. A.T. – che, a fronte del dissenso manifestato dalla convenuta (non comparsa neppure a mezzo del difensore), non ha formulato alcuna istanza: non ha chiesto al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti, né preteso che nel verbale d'incontro il mediatore desse atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di mediazione a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri. Del resto, tale concreta impossibilità non può desumersi da alcun elemento siccome lo stesso mediatore ha omesso qualunque iniziativa tesa a sollecitare la presenza personale delle parti non comparse. In conclusione, il mediatore ha semplicemente preso atto della mancata comparizione della convenuta e dell'avviso espresso dalla stessa, dichiarando chiuso il procedimento, senza dare atto a verbale delle ragioni della assenza di ambo le parti e delle eventuali iniziative adottate al fine di procurare la comparizione personale delle stesse. Peraltro, al verbale non è neppure allegata la procura in favore dell'avv. T.A. La procedura non si è, pertanto, svolta correttamente.

Rammentato che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda.

Ritenuto, pertanto, che occorre fissare l'udienza successiva alla scadenza del termine di cui all'art. 6 d. cit. assegnando alle parti il ter-

mine di giorni quindici per la presentazione della domanda di mediazione – anziché dichiarare l'improcedibilità della domanda – poiché l'orientamento giurisprudenziale innanzi esposto è successivo all'epoca dell'esperimento del precedente procedimento di mediazione.

PQM

rimette la causa sul ruolo istruttorio e rinvia all'udienza del [omissis], assegnando il termine suddetto.

[omissis]

#### NOTA (1)

*Il provvedimento in argomento si inserisce nell'ormai ampio dibattito giurisprudenziale circa l'effettività del procedimento di mediazione.*

*Senza risalire troppo in là nel tempo già nel 2015 il Tribunale di Roma ha rilevato che in un procedimento di mediazione "il mediatore aveva richiesto alle parti ed ai loro avvocati di esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e che le parti, dopo ampia discussione, manifestavano al mediatore la volontà di non dare inizio alla procedura di mediazione" e pertanto "Il mediatore dichiarava concluso il procedimento con esito negativo" giungeva alla conclusione che: "Ritiene il giudice che non sia stata data rituale e piena esecuzione all'ordinanza che precede e che le parti non abbiano esperito la mediazione, ma soltanto un simulacro, una fase introduttiva e non altro della stessa, con quanto ne consegue "motivava sostenendo che: "Va ricordato che a mente dell'art. 8 co. 1° del decr. lgsl. 28/2010 al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.*

*D'altro canto, l'art. 2 bis dell'art. 5 della legge prevede che quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La condizione si considera avverata*



*se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo. Un'interpretazione delle norme che conduca a ritenere che esista un diritto potestativo della parte, di non dare corso al provvedimento del giudice che ordina la mediazione demandata ai sensi dell'art. 5 co. II° della legge, è erronea e non può in alcun modo essere accettata. Va considerato che il non chiaro testo normativo necessita di un'interpretazione adeguatrice che lo salvi da una giusta censura di incostituzionalità per irragionevolezza, come nel caso che si accogliesse la tesi che le parti siano libere di non dare corso alla mediazione (che tale non può essere definito il mero incontro informativo), raggiungendo lo stesso vantaggioso risultato (inveramento della condizione di procedibilità) che la legge assicura a chi la mediazione ha effettivamente e sostanzialmente esperito.*

*Identificare la "mediazione" con l'incontro informativo è un errore grossolano.*

*È la stessa legge infatti che definisce la mediazione come altro (Tribunale Roma, 26.5.2016).*

*Nello stesso solco si è posta la Corte d'Appello di Milano la quale con sentenza del 10.5.2017, nel confermare la decisione di primo grado, ha evidenziato che: "Con il secondo motivo, (...) – denuncia erronea applicazione, da parte del primo Giudice, del d.lgs. n. 28/2010 in una materia (risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti), per cui non è prevista l'obbligatorietà del procedimento di mediazione e si duole ulteriormente del fatto che, essendosi il primo incontro davanti al mediatore concluso senza l'accordo delle parti, il Tribunale abbia ommesso di considerare avverata la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 comma 2 bis del d.lgs. cit.*

*Neppure tale motivo merita condivisione.*

*Deve convenirsi con l'appellante che, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale del comma 1 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (sentenza Corte Costituzionale 24 ottobre – 6 dicembre 2012, n. 272), per le cause in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, attualmente il comma 1-bis del medesimo d.lgs. (introdotto dall'art. 84, comma I, lett. b), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 e in seguito modificato dall'art. 1-bis, comma 2, d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130) non prevede come obbligatorio il tentativo di mediazione.*

*Nel caso in esame, risulta tuttavia che fu l'istruttore, dopo aver formulato una proposta transattiva ed aver quindi deciso un rinvio interlocutorio della causa nel corso della prima udienza del 7.5.2014, a disporre, con ordinanza in data 24.9.2014, l'esperimento della procedura di cui all'art. 5 d.lgs. 28/2010.*

*Non trova dunque applicazione il comma 1-bis, ma opera invece il disposto del comma 2 del citato art. 5, il quale (a prescindere dall'elenco delle materie sottoposte alla cd. mediazione obbligatoria di cui al comma 1-bis) consente notoriamente al Giudice, "anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti", di disporre il ricorso al procedimento, nel qual caso, l'esperimento della mediazione "è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello".*

*Ciò posto, non v'è dubbio che il Tribunale di Busto Arsizio, abbia fatto corretto governo della norma in questione.*

*È nella specie documentato che, in attuazione dell'ordinanza emessa dal Tribunale il 24.9.2014, (...) provvide a presentare domanda di mediazione in data 2.10.2014 e, avendovi (...) aderito, in data 5.12.2014 alle ore 10.30 le parti comparvero innanzi all'Organismo di Conciliazione Forense di Busto Arsizio.*

*La procedura, però, non ebbe esito positivo, essendosi a tale incontro il mediatore limitato a prendere atto della dichiarazione, resa da entrambe le parti, di non voler proseguire nella mediazione e a dichiarare quindi chiuso il verbale alle ore 10.45. ...*

*Rebus sic stantibus, è senz'altro da condividere l'affermazione del Tribunale di Busto Arsizio secondo cui "... la mancata adesione della convenuta e della terza chiamata al primo esperimento di mediazione del 02/10/2014 unita all'omesso invio ad opera della (...) di un secondo invito alla controparte, concretizzano un'ipotesi di improcedibilità della domanda di manleva, azionata dalla prima nei confronti della propria compagnia assicuratrice, per il mancato espletamento della condizione di procedibilità della mediazione obbligatoria".*

*Non è possibile, infatti, ritenere che l'ordine del Giudice di procedere al tentativo di mediazione sia stato nella specie osservato per il solo fatto che, le parti, (e segnatamente l'odierna appellante) siano comparse dinanzi all'Organismo preposto ed abbiano, nell'occasione, dichiarato di non volersi avvalere della procedura.*

*L'accoglimento di una diversa soluzione non solo si porrebbe in contrasto con la finalità dell'istituto, che mira a provocare una comunicazione e una interazione tra i soggetti in conflitto, per renderli concretamente in grado di sondare la possibilità di un accordo, ma verrebbe anche a configgere con il principio del giusto processo."*

*La decisione in argomento si colloca nel solco delle decisioni ora ricordate che, comunque, non costituiscono un indirizzo univoco della giurisprudenza.*

*Recentemente, infatti, il Tribunale di Foggia ha ritenuto che: "Rilevato che con ordinanza del 15.3.2018 veniva assegnato a parte opposta termine di 15 giorni per l'attivazione della procedura di mediaconciliazione, in ragione della domanda riconvenzionale spiegata nei confronti dei fideiussori del credito per cui era stato emesso il decreto ingiuntivo opposto; Considerato che tale termine risulta esser stato rispettato da parte convenuta, che ha provveduto il 28.3.2018 ad attivare la procedura mediaconciliativa, omettendo tuttavia di convocare per la detta procedura il debitore principale (opponente), nei cui confronti la procedura di mediaconciliazione era stata già, in precedenza, effettuata con esito negativo. Rilevato che, tuttavia, sia l'opposta che i terzi chiamati risultavano assenti all'incontro per la mediaconciliazione fissato per il 27.4.2018; Ritenuto, quindi, che ai sensi dell'art. 5, comma 2 bis, d.lgs. 28/2010 la condizione di procedibilità della domanda dell'opponente deve ritenersi avverata; Ritenuto, cionondimeno, che le condotte della Banca e dei terzi chiamati meritino sanzione ex art. 8, comma 4 bis, d.lgs. 28/2010, essendo ingiustificata la loro assenza all'incontro fissato per l'esperimento del concreto tentativo di mediaconciliazione; Rilevato, a tal riguardo, che i terzi chiamati in causa non adducevano alcuna giustificazione per la propria assenza, mentre parte opposta anticipava la propria mancata partecipazione mediante una comunicazione parimenti priva di ragionevole giustificazione, essendo stata espressa apoditticamente e contro lo spirito della legge la volontà contraria a qualsiasi tipo di accordo volto a definire la questione. Ritenuto, in particolare, che, la condotta della Banca attrice, non appare in alcun modo giustificabile, poiché in sede di mediaconciliazione, per ipotesi astratta, si sarebbe potuta avanzare anche una proposta del tutto favorevole alla Banca, il cui rifiuto "a priori" appare del tutto irragionevole e contrario allo spirito normativo, anche in considerazione*

*del fatto che proprio tale parte era stata onerata dal giudice all'attivazione della procedura di mediaconciliazione "a pena di improcedibilità della domanda riconvenzionale"; Rammentando che da tali condotte il giudice potrà desumere argomenti di prova ex art. 116 c.p.c., nonché elementi utili per l'imputazione e quantificazione delle spese di lite "giungendo, quindi, alla conclusione che seppure la mancata partecipazione può essere valutata, al fine di irrogare eventuali sanzioni, ciononostante la condizione di procedibilità deve ritenersi avverata."*

*Tale orientamento è stato condiviso sostenendosi che la mediazione serve alla Giustizia, non ai Giudici, di tal che può essere imposta ai litiganti soltanto qualora, sulla base di una preventiva valutazione astratta del legislatore ovvero in forza di una concreta prognosi giudiziale, sia verosimile la conclusione dell'accordo amichevole: tale probabilità va ragionevolmente esclusa quando uno dei soggetti coinvolti rifiuti persino di presentarsi all'incontro preliminare. Non è un caso, d'altronde, che la mediazione può essere disposta dal Giudice nei soli confronti delle parti costituite nel processo (come si desume, per implicito, dall'art. 8, comma 4-bis, d.lgs. n. 28/2010), a riprova che il coinvolgimento forzoso di un soggetto contumace viene giudicato sterile ed improduttivo dallo stesso legislatore;*

*– la parte desiderosa di coltivare l'azione giudiziale non è parimenti interessata ad ottenere la partecipazione dell'altra, mettendola al riparo dalle sanzioni stabilite dall'ordinamento contro la mancata comparizione senza giustificato motivo;*

*– nulla esclude che la diserzione della parte invitata sia dipesa da una giusta causa, di guisa che l'ulteriore sollecitazione al confronto potrebbe risultare intrinsecamente sterile;*

*– le norme introduttive di condizioni di procedibilità della domanda sono suscettibili di interpretazione soltanto restrittiva e, conseguentemente, non possono essere assegnate alle parti, tantomeno sulla base di un'ermeneutica creativa, degli obblighi non espressamente sanciti dalla legge e che non permettano di innalzare concretamente le chances di successo della mediazione;*

*– il grado di coercizione insito in un procedimento conciliativo di natura obbligatoria deve essere ridotto al minimo, pena la dissuasione dei contendenti dalla pattuizione di un accordo amichevole effettivamente libero. (De Marco – Campidelli, Mediazione delegata: se l'inv-*

*tato non partecipa all'incontro preliminare, la mediazione è conclusa, Quotidiano giuridico, 24.8.2018).*

*Come si vede il dibattito è aperto.*

*Sotteso al medesimo sono comunque, le teorie secondo cui sui diritti si decide in Tribunale ovvero se sono possibili soluzioni alternative al di fuori delle aule di giustizia. Non vi è dubbio che al successo dell'una e dell'altra tesi determinante è l'apporto dell'avvocatura.*

*Pierluigi De Nardis*

Tribunale di Pescara – Decreto 25.01.2018 – Est. Capezzerà – Società C. s.r.l.

**Concordato preventivo – Deposito della proposta e del piano – Mancata allegazione della relazione ex art. 161, 3 comma l.f. – Inammissibilità – Sussiste**

*L'art. 161 l.f. prevede che il debitore, all'atto della proposizione della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, debba allegare la relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, ed indichi i criteri di valutazione adottati per ciascuna categoria di beni e diritti di credito oggetto di stima. Attesa la finalità precipua della relazione, quale quella di consentire ai creditori la comparazione tra una liquidazione concordataria e una liquidazione fallimentare, cui farne derivare l'espressione informata del proprio diritto di voto, la stessa riveste carattere indefettibile e requisito di ammissibilità della domanda di concordato la cui omissione non potrà essere sanata con successivo deposito ex art. 162, 1° comma l.f. avendo quest'ultimo precetto normativo finalità meramente integrative e non suppletive. Dalla mancata allegazione della relazione alla domanda di concordato consegue la declaratoria di inammissibilità ex art. 162, 2° comma l.f. (1)*

[*omissis*]

Il Tribunale di Pescara, letta la domanda di concordato preventivo avanzata dalla società C. s.r.l.

[*omissis*]

– rilevato che questo Tribunale, con provvedimento del 12.12.2017, fissava l'udienza ex art. 162 per la declaratoria di inammissibilità della procedura concordataria alla luce dei molteplici rilievi ivi esposti;

[*omissis*]

– ritenuto che debbono richiamarsi integralmente i rilievi mossi dal Tribunale nel decreto del 12.12.2017 con il quale veniva fissata l'udienza ex art. 162 l.f. e ritenuto altresì che, come già argomentato dal Collegio:

– l'attestazione del piano concordatario, nella sua forma idonea ad assolvere lo scopo previsto dalla legge, deve essere depositata al momento della domanda di concordato ed il disposto di cui all'articolo 162, comma 1, l.f. deve essere interpretato nel senso che il Tribunale possa consentire esclusivamente una integrazione del piano e la produzione di nuovi documenti, ma non la produzione di una attestazione che si sia rivelata ab origine inesistente. La possibilità, prevista dall'articolo 172 l.f., di modifica della proposta, non depone in senso contrario a quanto affermato perché in tal caso il deposito di una nuova attestazione si rende necessario come conseguenza della modifica della proposta;

[*omissis*]

– considerato pertanto che la relazione depositata il 9.1.2018, mai autorizzata dal Collegio, non appare ricevibile alla luce del principio sopra esposto secondo cui essa rappresenta uno dei requisiti di ammissibilità del concordato che debbono esistere al momento del deposito della proposta come del resto si evince dal disposto dell'art. 162 2° comma l.f. che prevede, nel caso in cui siano carenti i presupposti di cui all'art. 160 commi primo e secondo e 161, che il Tribunale dichiari l'inammissibilità della proposta di concordato;

[*omissis*]

– considerato, quanto alla relazione ex art. 160 2° comma l.f. inoltrata all'ufficio dal dr. M. in data 9.1.2018 e quindi successivamente al deposito di piano e proposta come esaminati dal Collegio che vanno svolti i seguenti rilievi;

– premesso che nella relazione giurata ex art. 160 l.f. il professionista è tenuto ad esporre:

1. la descrizione dell'incarico ricevuto, con l'indicazione dei beni e dei diritti da stimare;

2. la descrizione dei beni e dei diritti stimati;

3. la indicazione dei criteri di valutazione adottati in relazione alle categorie di beni e diritti oggetto di stima;

4. la descrizione delle modalità seguite per la stima dei beni e dei diritti;

5. la data di riferimento della stima;

6. l'attestazione del valore di mercato realizzabile nella liquidazione fallimentare, indicando il valore massimo, presumibile, vale a dire che il valore realizzabile non è superiore ad un determinato importo; valore da intendersi come comprensivo delle eventuali detrazioni per oneri specifici;

7. il giuramento della stima;

– rilevato infatti che la scelta dei criteri di valutazione in relazione ad ogni categoria di beni e di diritti da stimare rappresenta un tratto fondamentale nel procedimento valutativo sicché la mancanza negli art. 160 e 124 l. fall. di alcun riferimento ai criteri di valutazione e di indicazioni al riguardo può interpretarsi come un rinvio alla discrezionalità del professionista, che resta libero non solo di scegliere uno o più criteri di valutazione, ma anche di indicare o meno nella relazione i criteri prescelti;

– ritenuto che il silenzio del legislatore sul punto può essere dato dal fatto che non è possibile stabilire quali siano i criteri di valutazione da adottare caso per caso ma in questa prospettiva, allora, occorre che il professionista nella relazione indichi non solo i criteri adottati, ma anche le ragioni che hanno condotto alla scelta effettuata, tenendo conto, altresì, delle alternative che potevano essere in astratto utilizzate;

– ritenuto che le stesse considerazioni valgono, a maggior ragione, per i beni mobili connotati da specificità (impianti, macchinari) i quali, in genere, hanno una platea ristretta di interessati proprio perché sono stati concepiti per una specifica impresa e non sono facilmente adattabili ad un'altra;

– rilevato che, ovviamente, il criterio sopra enunciato vale per tutte le categorie di beni, sicché si può quindi ricavare una regola generale,

ossia che quanto più un bene è connotato da specificità, e quindi quanto più ristretta è la platea dei suoi possibili utilizzatori, tanto più ridotto sarà il suo valore di presumibile realizzo, mentre, laddove il bene è agevolmente utilizzabile da molti soggetti, è fondato presumere che il suo valore di realizzo possa avvicinarsi al valore normale con cui quel bene ordinariamente si acquista. Naturalmente, occorre sempre tenere conto del fatto che la procedura concorsuale vende il bene *rebus sic stantibus* senza garanzie, quindi bisogna comunque operare una ragionevole decurtazione rispetto al prezzo normale;

– ritenuto che il criterio enunciato relativamente ai beni è perfettamente applicabile anche ai crediti e, più in generale, ai diritti. Per quanto concerne i crediti, finanziari o commerciali [*omissis*] sarà necessaria dunque un'opportuna valutazione sulla loro effettiva sussistenza e sulla solvibilità di controparte, in esito alla quale potrà rendersi opportuna un'idonea svalutazione. Per quanto attiene alla valutazione dei crediti in contenzioso, sarà certamente necessaria una valutazione prognostica sulle probabilità di successo della causa, accompagnate da un idoneo apprezzamento sia della solvibilità di controparte, sia della tempistica necessaria per la riscossione del credito che comporterà, nella maggior parte dei casi, un'attualizzazione del medesimo;

– ritenuto altresì ed in sintesi che la valutazione estimativa dei beni e dei diritti sui quali insiste la causa di prelazione vada operata a “valori di mercato” “in caso di liquidazione”. Dunque, non secondo criteri di funzionamento, ma secondo criteri di realizzo. Pertanto, per i beni non sarà il valore normale o il valore corrente che essi hanno sul mercato in caso di funzionamento, ma sarà il valore corrente in caso di liquidazione: dunque, occorre applicare al valore corrente di funzionamento un coefficiente di deprezzamento, variabile da caso a caso, per stimare il valore di realizzo o di liquidazione fallimentare;

– rilevato che una autonoma trattazione meriterebbe la possibilità che la liquidazione investa l'intera azienda, o un ramo di essa. Ai fini della valutazione di azienda, o di ramo d'azienda, lo stimatore dovrà attenersi ai criteri valutativi comunemente accettati dalla dottrina aziendalistica, utilizzando quello tra loro che maggiormente si adatta alle peculiari caratteristiche dell'oggetto di stima. Giova ricordare a questo proposito che ben difficilmente potrà essere valutato un avviamento positivo nel caso in cui l'impresa sia, formalmente o sostanzialmente, ces-



sata. Ben diverso, invece, sarà il caso in cui l'azienda sia funzionante, grazie alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale [omissis];

– rilevato che, pur volendo qui prendere ad esame la relazione ex art. 160 l.f. del professionista dr. M. depositata irritualmente il 9.1.2018, e quelle in precedenza prodotte con la proposta concordataria (relazione di stima ex art. 161 l.f. e relazione ex art. 186 bis l.f., entrambe del 15.9.2017) le predette attestazioni, complessivamente, non sembra si siano conformate ai criteri di cui sopra ed in vero a tal riguardo va osservato che:

– non esiste alcuna indicazione dei valori di stima applicati, né nella relazione da ultimo depositata, né in quelle prodotte precedentemente (nella ultima attestazione si parla genericamente di “giuste valutazioni effettuate nel ricorso, congrue e ragionevoli” cfr pag. 5 della relazione del 9.1.2018);

– non è dato comprendere infatti quale sia stata la valutazione fatta caso per caso dei beni mobili e quindi quale sia stato il percorso tecnico argomentativo seguito dal predetto professionista per giungere alla determinazione dei valori come indicati nella relazione;

– le stesse considerazioni vanno fatte per quanto riguarda la stima ipotizzata per i numerosi crediti esistenti (che infatti andavano esaminati nello specifico in particolare quelli in contenzioso evidenziando i criteri di svalutazione applicati per ogni singola categoria di crediti) crediti che, assieme all'azienda e, secondo l'attestazione del 9.1.2018, rappresenterebbero le uniche poste dell'attivo concordatario (sebbene nella proposta si parli anche di cessione di diritti relativi agli appalti di A. S.p.a., cfr pag 7 della proposta);

– nessuna considerazione viene svolta circa il valore ricavabile dalla vendita fallimentare dell'intero compendio aziendale del quale invece sembrerebbe ipotizzarsi la sola vendita atomistica;

– nessun riferimento è stato poi possibile ricavare circa gli specifici diritti di garanzia gravanti sulle singole categorie di beni mobili costituenti l'attivo concordatario (e ciò al fine di poter giungere ad un quadro chiaro anche se sintetico ed all'esito della comparazione tra liquidazione fallimentare e liquidazione concordataria della percentuale massima di falcidiabilità dei singoli crediti interessati, soprattutto di quelli oggetto di transazione fiscale e ciò per i motivi ampiamente esposti nel decreto del 12.12.2017);

– occorre a questo punto rilevare (e ciò a riprova della evidente importanza della relazione giurata ex art. 160 l.f.) che in caso di ipotetica sottovalutazione, la stima dei beni e dei diritti oggetto di garanzia viene effettuata ad un valore massimo inferiore a quello realizzabile nel fallimento. [omissis] In tal caso, i creditori che fossero indotti dalla relazione giurata ad approvare il concordato proposto subirebbero un danno, in quanto con il concordato ricaverebbero meno rispetto al fallimento;

– la sottovalutazione, quindi, espone il professionista al rischio di dover risarcire l'eventuale danno che la sua relazione potrebbe arrecare alle ragioni dei creditori prelatizi falciati;

– la sopravvalutazione, invece, risolvendosi nella stima di un valore massimo superiore a quello effettivamente realizzabile nel fallimento, potrebbe da un lato rendere più difficile la proposta per il proponente, oltreché indurre i creditori a respingere la proposta di concordato, basandosi sulla percentuale che risulta realizzabile nel fallimento. Allorché poi con la definitiva liquidazione fallimentare si dovesse accertare che con il fallimento la percentuale che si ricava è inferiore a quella che si sarebbe ricavata con il concordato, il rischio che corre il professionista è quello di aver causato un danno ai creditori prelatizi falciati pari alla differenza di percentuali di soddisfazione;

– considerato, conclusivamente, che allorché una relazione come quella esaminata non si conformi ai criteri evidenziati dal Tribunale, la stessa non può ritenersi parte integrante della domanda concordataria, ed anzi, sua stessa condizione di ammissibilità;

[omissis]

Il Tribunale – visto l'art. 162 l.f., dichiara l'inammissibilità della procedura concordataria [omissis]

*NOTA (1)*

#### *INAMMISSIBILITÀ DELLA PROPOSTA DI CONCORDATO*

*Con il provvedimento in rassegna il Tribunale di Pescara argomenta in ordine alla finalità ed al contenuto della relazione redatta dal professionista designato dal debitore e che, ex art. 161, 3° comma l.f.,*

*deve essere depositata in occasione della proposizione della domanda di concordato preventivo; per poi, in linea con i costanti ed ormai consolidati orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, con lo spirito e la finalità dei provvedimenti normativi che si sono via via avvicinati nella regolamentazione delle "procedure concorsuali minori", ritenerne la relativa attestazione di "veridicità e fattibilità" elemento indefettibile e requisito di ammissibilità della domanda stessa.*

*Ed invero, con il d.l. 22.6.2012, n. 83 (c.d. decreto sviluppo), convertito, con modifiche, in l. 7.8.2012, n. 134, il legislatore è intervenuto ancora una volta sulla legge fallimentare apportando modifiche e integrazioni finalizzate, nel complesso, alla valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa, nell'ottica di salvaguardia della continuità aziendale e di recupero del bene impresa.*

*In un contesto di dichiarato favor legislativo verso le soluzioni negoziali della crisi d'impresa, l'intervento riformatore ha inciso in maniera significativa sul ruolo dei professionisti, cosiddetti attestatori, chiamati a coadiuvare l'imprenditore nel tentativo di salvataggio della impresa, e sul contenuto delle attestazioni.*

*Il legislatore ha, infatti, introdotto una nuova specifica regolamentazione dei requisiti e dei compiti dell'attestatore e – con l'introduzione dell'art. 236 bis l.f. 1 – ha inteso "punire" il professionista che fornisce informazioni false ovvero omette informazioni rilevanti, con la reclusione da due a cinque anni e la multa da 50.000 a 100.000 euro.*

*Da qui, è chiaro come nell'attuale sistema concordatario l'attestazione rappresenti uno strumento prezioso offerto al Tribunale, tanto in fase di ammissione quanto nel corso della procedura, per agevolare la valutazione di aspetti spesso tecnici, o comunque extragiuridici, per i quali altrimenti si sarebbe dovuto fare ricorso all'ausilio di un consulente tecnico d'ufficio; con ciò divenendo l'attestatore un vero e proprio "ausiliario giudiziale", sebbene nominato dal debitore.*

*La limitazione del sindacato del giudice al solo profilo della fattibilità giuridica del piano e la devoluzioni ai creditori del giudizio circa la sua fattibilità economica presuppongono e richiedono, infatti, la sussistenza di una idonea preventiva attestazione di realizzabilità del piano nell'ambito della quale al professionista viene demandata una valutazione che, pur espressa secondo la propria perizia ed esperienza e pur*

*articolandosi in una congettura, deve tuttavia esprimere una prognosi seria di adempimento nel raffronto tra le componenti essenziali del programma e la situazione economico-patrimoniale dell'impresa. Il giudizio da lui espresso si risolve, pertanto, in una formulazione di motivata idoneità del piano al raggiungimento di risultati esposti dal debitore ed in un'analisi di dettaglio che dia conto dei criteri usati, con la precisazione che, come per la veridicità dei dati aziendali, anche nella prognosi di fattibilità l'esperto deve indicare in modo non generico i tempi ed i modi di raggiungimento del risultato prospettato e gli strumenti di verifica dell'obbiettivo, rendendo manifesto l'iter logico, tecnico, metodologico e giuridico seguito nei riscontri documentali, nelle sue attestazioni, nei suoi giudizi professionali e nelle sue conclusioni, non potendo egli limitarsi a recepire acriticamente i dati contabili dell'imprenditore, ma dovendo effettuare una disamina approfondita delle conclusioni valutative espresse nel piano. (cfr. Tribunale di Savona, 25.11.2015).*

*Al fine, dunque, di garantire il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, sovviene il compito del Giudice di verificare la corretta predisposizione dell'attestazione, in termini di completezza dei dati e comprensibilità dei criteri di giudizio, quale presupposto indispensabile per garantire la corretta formazione del consenso dei creditori." (cfr. Cassazione Civile, sez. VI – 1, Ordinanza n. 5825 del 9.03.2018.*

*Non pare possa dubitarsi, infatti, che solo una attestazione che muova da un oggettivo riscontro di veridicità e correttezza dei dati aziendali possa essere considerata dal Tribunale funzionale ad un vaglio di ammissibilità della domanda.*

*Sul punto merita precisare come il legislatore della riforma si sia limitato a prevedere che il professionista debba attestare, con la propria relazione, la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, senza fornire alcuna indicazione sul contenuto della relazione stessa, nonché sui principi ai quali il professionista deve attenersi nello svolgimento dei riscontri e delle analisi necessarie al fine di redigere, in modo fondato, le attestazioni richieste dalla legge. (cfr. art. 67, comma 3, lett. d), l.f., art. 161 e 182 bis l.f.)*

*Nel silenzio della legge, di fondamentale ausilio al compito dell'attestatore sono i principi di revisione nazionali e internazionali, nonché i contributi e le linee guida provenienti dal mondo accademico e professionale.*

*In particolare, sulla base delle indicazioni fornite sia dalla dottrina che dalla Commissione Procedure Concorsuali del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, è possibile individuare il contenuto minimo della relazione dell'attestatore nelle seguenti sezioni:*

*a) una premessa, contenente la indicazione dei requisiti professionali dell'attestatore e dell'incarico conferitogli, nonché la dichiarazione di sussistenza dei requisiti di indipendenza e terzietà, e il riferimento ai dati della impresa;*

*b) una parte illustrativa del piano e della documentazione allegata;*

*c) una parte relativa alla verifica della veridicità dei dati aziendali, con la descrizione dei controlli effettuati, dei documenti analizzati, dei criteri e delle metodologie adottati;*

*d) una parte relativa alla verifica della fattibilità del piano (o attuabilità dell'accordo), con la illustrazione delle ragioni della fiducia al piano e delle valutazioni compiute dal professionista, con particolare riferimento ai modelli utilizzati, alle ipotesi assunte e agli scenari considerati.*

*In sintesi, devono essere enunciati in maniera ordinata e coerente, i criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti, in modo da rendere manifesti il percorso logico, i ragionamenti e le motivazioni su cui fonda l'attestazione.*

*Nella sua forma idonea ad assolvere lo scopo previsto dalla legge, l'attestazione del piano concordatario deve essere dunque considerata elemento indefettibile della domanda e depositata unitamente alla stessa.*

*Anche l'esame del precetto normativo di cui all'art. 162 l.f. non porta a diversa conclusione; il potere del Tribunale di assegnare un termine per l'integrazione della domanda e la produzione di nuovi documenti deve essere inteso, infatti, nel senso che è possibile integrare produzioni documentali ma non supplire ad una carenza iniziale della documentazione che deve accompagnare il ricorso ex art. 160 e 161 l.f., dovendo quest'ultimo sin dall'origine essere accompagnato dalla relazione giurata volta corroborare la previsione del piano dei requisiti richiesti dall'articolo 162, comma 2, l.f. affinché si possa procedere alla falcidia dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca. (Tr. Venezia, 08.05.2014, Pres. Est. Simone)*

*La possibilità di modificazione della proposta fino al momento della votazione (art. 175 l.f.), non fornisce, del pari, alcun elemento di*

*ausilio ad una diversa interpretazione, poiché in tali casi sarà necessaria una modifica anche della attestazione, con ciò non escludendosi la necessaria e doverosa presenza già dal deposito della originaria proposta. (cfr. Tr. Rovigo, 20 marzo 2015; Tr. Venezia 8 maggio 2014)*

*Sulla scorta delle svolte considerazioni, appare dunque condivisibile il provvedimento reso dal Tribunale di Pescara secondo cui l'attestazione del professionista, pena la inammissibilità della proposta ex art. 162 l.f., deve essere depositata unitamente alla domanda di concordato e nella stessa devono essere esplicitati in maniera chiara ed esaustiva i criteri di valutazione utilizzati; ciò al fine, si ripete, di consentire all'Organo Giudiziario di vagliare la fattibilità giuridica del piano ed ai creditori l'esercizio informato del proprio diritto di voto.*

*Alessio Ritucci*

## Giurisprudenza penale

Tribunale di Pescara – Sent. 14.6.2018 – Pres. ed Est. Di Fine – Imp. C.

**Processo penale – *Ne bis in idem* – Sentenza passata in giudicato emessa non da organo giudiziario di uno stato membro dell’Unione Europea – Rapporti tra Stato Italiano e Stato Città del Vaticano**

*Il principio del ne bis in idem, pur essendo in atto una tendenza legislativa volta a riconoscere efficacia preclusiva ad una sentenza straniera che abbia irrevocabilmente giudicato di un reato commesso in Italia da cittadino straniero, rappresenta un principio solo tendenziale cui si ispira oggi l’ordinamento internazionale, che non può considerarsi, rispetto alle sentenze straniere, come principio generale di diritto riconducibile alla categoria di norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, oggetto di ricezione automatica ai sensi dell’art. 10 cost., ma deve essere regolamentato in sede internazionale; sicché nei casi in cui manchi una convenzione depositata o ratificata fra gli Stati interessati, esso è necessariamente recessivo ove, in base alle norme di diritto interno, sia ravvisata la giurisdizione dell’autorità giudiziaria.*

*La mancata adesione dello Stato Vaticano e/o Santa Sede alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo ed il suo non essere Stato membro dell’Unione europea ostano all’applicazione delle norme di detti ordinamenti inerenti il principio del ne bis in idem internazionale, non rilevando neppure la mancanza di barriere doganali in entrata con l’Italia, e non rinvenendosi nel Trattato Lateranense accordi derogatori alla giurisdizione dell’autorità giudiziaria italiana, se non ai limitati fini previsti dall’art. 23 co. 2, che disciplina l’efficacia civile dei provvedimenti confessionali comunicati ufficialmente alle autorità civili e concernenti le “persone ecclesiastiche e religiose” nelle sole materie indicate (“materie spirituali o ecclesiastiche”). (1)*

[omissis]

Preliminarmente deve essere affrontata la questione, prospettata dalla difesa dell'imputato, relativa all'eccezione difetto di giurisdizione e/o improcedibilità per essere stato l'imputato già giudicato, a conclusione del processo penale amministrativo, con decreto penale del 8.6.2015 emesso dall'Arcidiocesi Metropolitana di Pescara-Penne.

[*omissis*]

La pronuncia è divenuta esecutiva per difetto di impugnazione ed è in corso di esecuzione, come attestato nelle note dell'Apostolato Accademico Salvatoriano del 15.10.2016 e del 30.5.2018 prodotte dalla difesa. Secondo la tesi difensiva il principio di territorialità sancito nell'ordinamento dagli art. 6 e 11 c.p., che prevede l'irrilevanza del giudicato straniero per i reati commessi nel territorio dello Stato, risulterebbe non applicabile in primo luogo in relazione ai trattati e concordati intercorsi tra Stato e Santa Sede (Patti Lateranensi ed accordi di Villa Madama), il cui rango costituzionale è assicurato dal richiamo contenuto nell'art. 7 co. 2 della Costituzione (trattati che prevedrebbero esplicite disposizioni circa l'efficacia giuridica nello Stato Italiano delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche).

In secondo luogo la difesa ha invocato il disposto di cui all'art. 649 c.p.p., applicabile sulla base dell'adesione dello Stato Italiano ai numerosi strumenti convenzionali e pattizi internazionali in ambito europeo, che riconoscono nel nostro ordinamento gli effetti preclusivi del giudicato straniero.

Con riguardo al primo punto la difesa ha richiamato l'art. 23 del trattato del 11.2.1929 recepito all'art. 23 della legge n. 810 del 27 maggio 1929, sostenendo che le pronunce dei Tribunali Ecclesiastici debbano essere eseguite in conformità non solo con le norme del diritto interno (tra cui l'art. 649 c.p.p.) ma altresì con le norme dei trattati internazionali, tra cui quelli europei, in tema di *ne bis in idem*.

Ritenuto che fondamento del sistema della cooperazione giudiziaria dell'Unione Europea sia quello di uno spazio giudiziario europeo all'interno del quale i cittadini devono poter liberamente circolare, la difesa ha altresì sostenuto che anche il Vaticano avrebbe aderito a tale sistema sia in virtù della previsione dell'art. 23 co. 1 del trattato del 11.2.1929 e sia in relazione alla previsione dell'assenza di barriere doganali prevista nell'art. 20 del trattato del 11.2.1929, trasfuso nell'art. 20 della legge numero 810 del 27 maggio 1929 (in base al quale "le



merci provenienti dall'estero e dirette alla Città del Vaticano o fuori dalla medesima, ad istituzioni o uffici della Santa Sede, saranno sempre ammesse da qualunque ente del confine Italiano per il transito per il territorio italiano, con piena esenzione dei diritti doganali daziari”), circostanza quest’ultima che, secondo la prospettazione difensiva, a seguito dell’adesione dell’Italia all’accordo di Schengen, avrebbe determinato l’automatica adesione del Vaticano ai principi dell’Unione in tema di riconoscimento della potestà punitiva e sanzionatoria degli stati anche in riferimento al principio del *ne bis in idem*.

Infine la difesa, richiamando i recenti interventi della Santa Sede che avrebbero dato forte impulso all’esercizio dell’azione penale da parte delle istituzioni ecclesiastiche ha sostenuto che il giudizio svolto dinanzi l’arcidiocesi metropolitana di Pescara-Penne definito con il decreto penale del 8.6.2015, rappresenterebbe un pregiudizio alla celebrazione del processo dinanzi all’autorità giudiziaria italiana, essendo stati rispettati i principi del giusto processo, del diritto di difesa, nonché di ogni altro principio generale posto a fondamento dell’ordinamento italiano. Anche la natura della pena in corso di espiazione da parte dell’imputato, parificabile, secondo la prospettazione difensiva, alle pene previste dal nostro sistema processuale con riguardo alla funzione sanzionatoria e rieducativa, imporrebbe una pronuncia di improcedibilità per divieto di secondo giudizio.

La questione non appare fondata, potendo condividersi le difformi prospettazioni offerte dal p.m. e dalle parti civili.

In via generale va rilevato che l’articolo 11 c.p. prevede che, in ipotesi di reati commessi nello Stato, il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato anche se sia stato giudicato all’estero.

Il principio del *ne bis in idem*, pur essendo in atto una tendenza legislativa volta a riconoscere efficacia preclusiva ad una sentenza straniera che abbia irrevocabilmente giudicato un reato commesso in Italia da cittadino straniero, rappresenta quindi “un principio solo tendenziale cui si ispira oggi l’ordinamento internazionale” (in termini C. Cost. sentenza numero 58 del 1997), che non può considerarsi, rispetto alle sentenze straniere, come principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, oggetto di ricezione automatica ai sensi dell’art. 10 cost., ma deve essere regolamentato in sede internazionale.

L'ordinamento italiano, infatti, si ispira ai principi della territorialità ed obbligatorietà generale della legge penale, secondo i criteri stabiliti dagli art. 6 e ss. c.p., principi che hanno una obiettiva giustificazione nella difforme realtà della disciplina penale e processuale penale nei diversi ordinamenti giuridici positivi.

Non si spiegherebbe, infatti, la ragione per la quale i vari paesi della comunità internazionale sentano l'esigenza di far del principio in esame oggetto di specifiche regolamentazioni di natura pattizia, come nell'ambito dell'Unione Europea. Tale circostanza trova spiegazione proprio dalla considerazione che, attraverso l'applicazione di tale principio in una dimensione sovranazionale, si determina una incisiva limitazione della sovranità nazionale ogni qual volta un delitto commesso in un singolo paese non venga giudicato dalla relativa autorità giudiziaria.

Il principio del divieto di secondo giudizio, quindi, non avendo natura di principio o consuetudine di carattere internazionale, nei casi in cui manchi una convenzione depositata o ratificata fra gli stati interessati è necessariamente recessivo ove, in base alle norme di diritto interno, sia ravvisata la giurisdizione dell'attività giudiziaria.

Pertanto, in difetto di accordi idonei a derogare alla disciplina di cui all'art. 11 c.p., la cui legittimità costituzionale è stata ripetutamente affermata dalla Consulta, un processo celebrato nei confronti di cittadini o di stranieri in uno stato con cui non vigono accordi in tal senso, non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per gli stessi fatti non essendo il divieto di secondo giudizio un principio generale del diritto sovranazionale, come tale applicabile nell'ordinamento interno. In tal senso si è pronunciata più volte la giurisprudenza della Suprema Corte (sez. 1 numero 20464 del 5.4.2013 rv 256162; sez. 2 numero 40553 del 21.5.2013 rv 256469; sez. 1 numero 29664 del 12.6.2014 rv 260537; sez. 4 numero 3315 del 5.12.2016 rv 269222; sez. 6 numero 11442 del 12.2.2016 in materia di responsabilità amministrativa degli enti).

Fatta questa premessa di carattere generale va rilevato che nell'ordinamento euro-unitario il principio del *ne bis in idem* trova positivo riconoscimento nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen, con valenza limitata alle materie che rientrano nella competenza UE, tra cui non è ricompreso il reato oggetto di processo.

Il *ne bis in idem* convenzionale ha invece la sua base nell'art. 4, protocollo numero 7, della convenzione EDU, senza alcun limite di materia, ma all'applicabilità di tale normativa osta la mancata adesione dello Stato Vaticano e/o Santa sede alla convenzione.

Né può ritenersi fondato l'assunto difensivo in ordine alla adesione automatica da parte dello Stato Vaticano agli accordi europei in materia di assistenza giudiziaria e quindi di mutuo riconoscimento del principio del *ne bis in idem*, nonostante l'assenza di una formale sottoscrizione e/o ratifica per effetto della previsione di cui all'art. 20 del trattato 11.2.1929 sull'assenza di controllo doganale sulle merci in entrata alla Città del Vaticano.

La Santa Sede, pur universalmente conosciuta quale soggetto di diritto internazionale, è solo un osservatore permanente presso varie organizzazioni internazionali, ma non è Stato membro dell'Unione Europea né può essere riconosciuta come tale solo per la convenzionale mancanza di barriere doganali in entrata con l'Italia.

Né l'adesione formale può essere sostituita dagli attuali accordi intercorsi tra lo Stato italiano e la Santa Sede, consacrati nei trattati, volti a riconoscere la rispettiva autonomia e indipendenza, né tantomeno dall'introduzione delle recenti riforme in materia di diritto penale ecclesiastico, trattandosi peraltro di norme non adottate anche dallo Stato Italiano.

Indiretto riscontro alla distinzione della giurisdizione canonica dalla giurisdizione degli Stati dell'Unione Europea, come propriamente segnalato nella memoria difensiva della parte civile, è poi evincibile dalla stessa definizione di sentenza penale europea, data nella Convenzione sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, adottata dall'Aja il 28 maggio 1970, ratificata con la legge numero 305/1977, secondo la quale la sentenza penale europea è "qualsiasi decisione definitiva pronunciata da un Tribunale penale di uno stato contraente a seguito di procedimento penale".

Quanto ai rapporti tra Stato Italiano e della Santa Sede, l'art. 23 del Trattato Lateranense stabilisce che "per l'esecuzione nel regno delle sentenze emanate dai Tribunali della Città del Vaticano si applicheranno le norme del diritto internazionale. Per l'esecuzione nello stato delle sentenze emanate dai Tribunali della Città del Vaticano si applicheranno le norme del diritto internazionale. Avranno invece senz'altro piena efficacia giuridica anche a tutti gli effetti civili, le sentenze ed i provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche ed ufficialmente comunicati

alle autorità civili, circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari”.

Trattasi di disposizione che individua, nel rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti, il limite della sfera di autonomia e indipendenza dell’ordinamento canonico nell’ordinamento italiano ma che riguarda la prevista efficacia civile dei provvedimenti confessionali, ufficialmente comunicati alle autorità civili, concernenti le “persone ecclesiastiche e religiose” sia pur nelle materie indicate (“materie spirituali o ecclesiastiche”).

Tale ultimo principio ha poi trovato conferma nell’Accordo del 1984, in ragione del fatto all’art. 2 lett. C) si afferma che “la Santa Sede prende occasione della modificazione del Concordato Lateranense per dichiararsi d’accordo, senza pregiudizio dell’ordinamento canonico, con l’interpretazione che lo Stato Italiano dà all’art. 23 secondo comma, del Trattato Lateranense secondo il quale gli effetti civili delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche, previsti da tali disposizioni, vanno intesi in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani”.

Quanto alla natura delle disposizioni del Trattato, trattasi di norme qualificabili come accordo di diritto internazionale, immesse nel nostro ordinamento mediante legge di esecuzione, non costituzionalizzate dal richiamo effettuato all’art. 7 comma secondo della Costituzione ma appartenenti al novero delle fonti atipiche, presentando una resistenza passiva all’abrogazione in via unilaterale statale pari alle norme costituzionali.

Dal Trattato Lateranense dunque non emergono accordi derogatori alla giurisdizione dell’autorità giudiziaria italiana, se non ai limitati fini previsti dal citato art. 23 comma 2, non emergendo dunque la previsione di un *ne bis in idem* convenzionale.

[omissis]

#### NOTA

(1) *Sul tema del c.d. ne bis in idem internazionale v. Corte d’assise di Teramo 23.12.2015 in PQM III/2015, pp. 143 e ss., con nota a firma di Anna Valvo, nonché “Il principio del ne bis in idem nel diritto internazionale” di Riccardo Di Girolamo, nella parte riservata ai Saggi di questo numero della Rivista.*

Tribunale di Lanciano – Sent. 4.7.2018 – Pres. ed Est. Belli – Imp. D’A. + 2.

### **Abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) – Elementi del reato**

*Dopo la riforma del 1990, l’art. 323 c.p. integra un reato di evento a dolo intenzionale, richiedendosi la verifica dell’ingiusto vantaggio patrimoniale proprio o altrui ovvero l’altrui ingiusto danno, non essendo più sufficiente ad integrare il reato la sola condotta di inosservanza di leggi o regolamenti e il dolo specifico, e non potendosi far discendere l’ingiustizia dal vantaggio della illegittimità del mezzo utilizzato e, quindi, dall’accertata illegittimità della condotta.*

*Ai fini della sussistenza del reato di abuso d’ufficio di cui all’art. 323 c.p., la violazione di legge deve essere finalizzata a favorire il privato ovvero a danneggiarlo, poiché se l’intento del pubblico ufficiale è quello di realizzare un pubblico interesse, non potrà esservi dolo intenzionale, pure in presenza di siffatta violazione.*

[omissis]

Dall’espletata istruttoria dibattimentale è emerso che in data 25.6.2012 D.L.S., all’epoca consigliere comunale di minoranza escusso all’udienza del 14.10.2015, aveva sporto denuncia in relazione a un evento, verificatosi il precedente 22.1.2012, quando aveva notato transitare per le vie del Comune di Bomba il veicolo [omissis] condotto da D’A. M., anch’egli consigliere comunale, con a bordo il fratello D’A. D. (quest’ultimo erroneamente indicato quale consigliere comunale nel capo d’imputazione) mentre trasportava della legna che di lì a breve avevano scaricato presso la propria abitazione sita in [omissis].

A seguito di interpellanza assunta al n. 259 di prot. del 10.2.2012 il Sindaco aveva risposto affermando che il D’A. era stato da lui autorizzato all’utilizzo del mezzo di proprietà comunale “per necessità personali urgenti”.

[omissis]

Così ricostruita la vicenda processuale, ritiene il Collegio come il reato di abuso di ufficio contestato agli imputati debba considerarsi insussistente, difettando non solo le condotte materiali di violazione di legge descritte nel capo d’imputazione, ma altresì l’evento

del reato, che deve consistere nella cd. doppia ingiustizia, posto che dopo la riforma del 1990 l'art. 323 c.p. integra un reato di evento a dolo intenzionale, richiedendosi la verifica dell'ingiusto vantaggio patrimoniale proprio o altrui ovvero l'altrui ingiusto danno, non essendo più sufficiente ad integrare il reato la sola condotta di inosservanza di leggi o regolamenti e il dolo specifico (vds. Cass. sez. VI 4.11.2015 n. 48913 che ha ribadito che "l'integrazione del reato di abuso d'ufficio richiede una duplice distinta valutazione di ingiustizia, sia della condotta, che deve essere connotata da violazione di norme di legge o di regolamento, sia dell'evento di vantaggio patrimoniale, che deve risultare non spettante in base al diritto oggettivo", conformi Cass. sez. VI 14.12.2012 n. 1733, sez. II 11.12.2009 n. 2754 e sez. V 2.12.2008 n. 16895 che hanno espresso il concetto di "doppia e autonoma ingiustizia" con la conseguente necessità di una duplice distinta valutazione in proposito, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio dalla illegittimità del mezzo utilizzato e, quindi, dall'accertata illegittimità della condotta: conf. Cass. sez. VI 10.3.2016 a. 13426).

È altrettanto pacifico in giurisprudenza il principio secondo cui, ai fini della sussistenza del reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. la violazione di legge deve essere finalizzata a favorire il privato ovvero a danneggiarlo, poiché se l'intento del pubblico ufficiale è quello di realizzare un pubblico interesse non potrà esservi dolo intenzionale, pur in presenza di siffatta violazione (vds. Cass. sez. II 5.5.2015 n. 23019 e sez. VI 9.10.2014 n. 14038, che hanno precisato come il dolo del reato di abuso di ufficio "non sussiste qualora il perseguimento del pubblico interesse costituisca il fine primario dell'agente", nonché Cass. sez. III 17.1.2014 n. 10810 secondo cui "il dolo intenzionale è configurabile qualora si accerti che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio abbia agito con uno scopo diverso da quello consistente nel realizzare una finalità pubblica, il cui conseguimento deve essere escluso non soltanto nei casi nei quali questa manchi del tutto, ma anche laddove la stessa rappresenti una mera occasione della condotta illecita, posta in essere invece al preciso scopo di perseguire, in via immediata, un danno ingiusto ad altri o un vantaggio patrimoniale ingiusto per sé o per altri": ipotesi che non si rinviene nel caso di specie. Si veda pure Cass. sez. III 26.2.2013 n.

13735: “il dolo intenzionale, che non è escluso dalla finalità pubblica perseguita dall’agente, non sussiste quando il soddisfacimento degli interessi pubblici prevalga sugli interessi privati, mentre è integrato qualora il fine pubblico rappresenti una mera occasione o un pretesto per occultare la commissione della condotta illecita”).

Nessuno di tali eventi si è verificato nel caso in esame.

Da un lato difetta la violazione di legge, posto che nessuna normativa disciplinava nel Comune di Bomba l’utilizzazione dei mezzi di proprietà dell’amministrazione comunale, non essendo per altro stato accertato in modo univoco se il Sindaco D.S. e/o il D.S., nella sua qualità di responsabile del patrimonio e della custodia dei veicoli, avessero mai autorizzato l’uso del camioncino da parte dei fratelli D’A.

Dall’altro lato difetta il danno per la pubblica amministrazione, pure a fronte del vantaggio ricevuto dal privato: ed invero, al di là delle modalità dell’autorizzazione e di chi materialmente l’avesse rilasciata si è visto come il camioncino fosse stato utilizzato non solo in circostanze tali da non arrecare alcun nocimento agli interessi pubblici (era stato infatti impiegato in via del tutto occasione di domenica e per pochi minuti, condotto direttamente dal D’A. M. per poi essere subito dopo restituito, con un conseguente consumo di carburante irrisorio ben inferiore alla somma di denaro rimborsata dagli imputati al Comune; inoltre, non era stato distolto da alcun concomitante servizio pubblico, né condotto da dipendenti comunali richiamati in servizio per tale incumbente), ma soprattutto per far fronte a una esigenza di una concittadina, per altro anziana e sola in casa, alla quale era stata scaricata della legna per assicurare il riscaldamento della propria abitazione, in vista delle avverse condizioni atmosferiche che si erano verificate nel mese di gennaio e poi nel successivo febbraio del 2012, caratterizzati da abbondanti nevicate (si ricorda che il Comune di Bomba è situato in località montata e conta meno di mille abitanti).

Tale finalità appare quindi idonea a elidere il carattere della “ingiustizia” del vantaggio ricevuto dal privato, anche sotto il profilo strettamente patrimoniale, stante l’irrisorietà del costo sostenuto dal Comune e atteso il risarcimento ottenuto in misura sovrabbondante da parte degli imputati D’A. M. e D., tanto che, quand’anche si volessero ritenere integrati gli estremi del reato di cui all’art. 323 c.p., la puni-

bilità sarebbe senza alcun dubbio esclusa in applicazione della speciale causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131-bis c.p.

Le conclusioni raggiunte impongono pertanto la pronuncia assolutoria con formula piena dal reato loro ascritto in rubrica perché il fatto non sussiste.

Tribunale di Pescara – Decr. 3.11.2017 – G.I.P. Sarandrea – Ind. D.D.

### **Omissione di atti d'ufficio (art. 328 co. 2 c.p.) – Esclusione nel caso di rapporti gerarchici**

*La configurazione dell'art. 328 co. 2 c.p. è esclusa nell'ambito di rapporti interni ad uno stesso ente pubblico, laddove la condotta del subordinato si concretizzi in una mera violazione dei doveri d'ufficio, eventualmente censurabile nella competente sede disciplinare. (1)*

[omissis]

Venendo al merito della vicenda, lo scrivente ritiene di condividere la richiesta di archiviazione avanzata dal p.m. ma sulla base di differenti considerazioni.

Innanzitutto si premette che l'art. 328, 2° comma, c.p. punisce la condotta del pubblico ufficiale che, destinatario della richiesta, da chi vi abbia interesse, di compiere un atto del suo ufficio, non lo compia entro trenta giorni dalla suddetta richiesta, in assenza altresì di spiegazioni giustificative del ritardo allo stesso richiedente.

In relazione all'ambito operativo della norma in analisi e all'individuazione dei soggetti "interessati" e, dunque, legittimati a presentare la richiesta rimasta, poi, disattesa, è condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che esclude la configurazione dell'art. 328 c.p. nell'ambito di rapporti gerarchici, sussistenti all'interno di uno stesso ente pubblico, laddove la condotta del subordinato (nel caso di specie, trattasi dell'odierno indagato) si concretizzi in una mera violazione dei doveri d'ufficio, eventualmente censurabile nella competente sede disciplinare.



Perciò il 328, 2° comma, c.p. non trova applicazione nei rapporti interni della p.a. quando rileva il rapporto organico e, dunque, interno all'amministrazione stessa, tra dipendente (dirigente) ed amministrazione di appartenenza, e non anche quello di servizio (Così, Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 37542 del 2007).

Anche in dottrina si è assistito all'emersione di una ricostruzione della norma de qua analoga a quella elaborata dalla sede giurisprudenziale, in quanto si è ritenuto che il 328, 2° comma, c.p. legittimasse esclusivamente un'amministrazione diversa da quella di appartenenza del pubblico ufficiale destinatario della richiesta: poiché in caso contrario, l'inadempimento dei doveri di agire da parte del pubblico ufficiale sarebbe stato rimesso, non già ai meccanismi della norma in questione, ma piuttosto all'attivazione dei poteri gerarchici e di autotutela.

[omissis]

Tribunale di Teramo – Sent. 4.6.2018 – Est. Conciatori – Imp.ti B. + 5

**Disastro ambientale (ex art. 434 e 449 c.p.) – Pubblica incolumità – Nozione – Idoneità del fatto a ledere o mettere in pericolo la pubblica incolumità – Necessità – Epidemia (ex art. 438 e 452 c.p.) – Contagio di un numero di persone elevato, indiscriminato ed in tempi rapidi – Necessità**

*Costituisce disastro in materia ambientale un avvenimento grave e complesso con conseguente pericolo per la vita o l'incolumità delle persone, a tal fine essendo necessario un giudizio di probabilità relativo all'attitudine di un certo fatto a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone. Peraltro per l'integrazione dell'illecito è sufficiente che il fatto abbia colpito cose, purché da ciò possa sorgere pericolo per la vita o l'integrità delle persone. (1)*

*Ai fini della integrazione del delitto di cui agli articoli 438 e 452 c.p. (epidemia) occorre che i germi siano contratti da un numero elevato ed indiscriminato di persone, contagiate in tempi rapidi, ove il contagio non riguardi un ambito territoriale ristretto. (2)*

[*omissis*]

Può quindi essere affrontata la problematica costituita dalla configurabilità degli istituti giuridici del disastro e della epidemia evocati dagli art. 434 e 449 c.p. (il disastro) e 438 e 452 c.p. (l'epidemia).

Per disastro in materia ambientale si intende, in giurisprudenza, “un avvenimento grave e complesso con conseguente pericolo per la vita o l'incolumità delle persone; è necessaria quindi una concreta situazione di pericolo per la pubblica incolumità nel senso della ricorrenza di un giudizio di probabilità relativo all'attitudine di un certo fatto a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone, anche se appartenenti a categorie determinate di soggetti ...” Cass., sez. IV, n. 7664/2009. Sul concetto di pericolo per la pubblica incolumità, così si esprime poi Cass. sez. IV, n. 696/2009: “... ciò che caratterizza il pericolo per la pubblica incolumità è semplicemente la tipica, qualificata possibilità che le persone si trovino coinvolte nella sfera d'azione dell'evento disastroso descritto dalla fattispecie, esposte alla sua forza distruttiva.”

E d'altra parte la stessa categoria del disastro innominato aveva anche in passato attirato le attenzioni del giudice delle leggi, il quale ne aveva affermato la compatibilità costituzionale con i corollari del principio di legalità, segnatamente con quello della tipicità e determinatezza delle fattispecie astratte, proprio per la presenza dell'elemento costitutivo del “pericolo per l'incolumità pubblica”.

Illuminante, in proposito, il passaggio in cui la Corte Costituzionale evidenzia che “l'‘altro disastro’, cui fa riferimento l'art. 434 c.p., è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai ‘disastri’ contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai ‘delitti di comune pericolo mediante violenza’: conclusione, questa, confortata anch'essa dai lavori preparatori del Codice”, precisandosi che “il ‘pericolo per la pubblica incolumità’ viene cioè a designare – come già anticipato – la messa a repentaglio di un numero non preventivamente individuabile di persone, in correlazione alla capacità diffusiva propria degli effetti dannosi dell'evento qualificabile come ‘disastro’”.

Sempre Cass. sez. IV, n. 696/2009 ne traeva il seguente principio di diritto: “... il principio di determinatezza è volto da un lato ad evitare che il giudice assuma un ruolo creativo, individuando in luogo del

legislatore i confini tra il lecito e l'illecito; e dall'altro è finalizzato a garantire la libera autodeterminazione consentendo al destinatario della norma penale di apprezzare le conseguenze giuridiche della propria condotta. Quanto alla specifica espressione "disastro" utilizzata nell'articolo richiamato, la Corte osserva che senza dubbio si tratta di formula sommaria capace di assumere nel linguaggio comune una gamma di significati ampiamente diversificati. Tuttavia la valenza del termine è illuminata dalla finalità dell'incriminazione e dalla sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità. Si tratta di evento diverso ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai disastri contemplati negli articoli compresi nel capo relativo ai delitti di comune pericolo mediante violenza. Esso, pertanto, è caratterizzato dai tratti distintivi delle fattispecie di disastro tipiche, costituite da un evento distruttivo di proporzioni straordinarie anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi con conseguente pericolo per la vita e per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone".

Ancor più analitica appare la definizione "disastro innominato" fornita da Cass. sez. V n. 40330/2006 che chiariva: "... l'accezione di "disastro" implica che sia cagionato un evento di danno o di pericolo per la pubblica incolumità "straordinariamente grave e complesso", non nel senso, però, di "eccezionalmente immane", essendo necessario e sufficiente che il nocumento abbia un "carattere di prorompente diffusione che esponga a pericolo, collettivamente, un numero indeterminato di persone" e che l'eccezionalità della dimensione dell'evento abbia destato un esteso senso di allarme (sez. 5, n. 11486 del 12/12/1989; sez. 4, Sentenza: n. 1686 del 20/12/1989; Sez 4, Sentenza n. 1616 del 04/10/1983). Quel che caratterizza, insomma, la nozione di disastro è la diffusione del danno cui è connesso il pericolo per l'integrità alla salute, in guisa "da potersene dedurre l'attitudine a mettere in pericolo la pubblica incolumità" (Rel. min. sul progetto del codice penale, 2<sup>a</sup>, p. 222). Sicché non è richiesto, per l'integrazione dell'illecito, che il fatto abbia direttamente prodotto, collettivamente, morte o lesioni alle persone, potendo pure colpire cose, purché dalla rovina di queste effettivamente insorga un pericolo grave e per la salute collettiva (già avvisando che "Del danno o del pericolo alle cose si tiene conto solo in quanto da esso possa sorgere un pericolo per la vita o per l'integrità del-

le persone” la Rel. min. cit., p. 212). Se dunque il concetto di disastro sta nella “potenza espansiva del nocumento” (così il Guardasigilli nella Rel. al Re) alla integrità e alla sanità, ben si comprende come si profili in linea astratta esigua la linea di demarcazione tra disastro e il danno ambientale allorché questo sia costituito da una importante contaminazione di siti destinati ad insediamenti abitativi o agricoli con sostanze pericolose per la salute umana, e come siffatta demarcazione si riveli inesistente allorché l’attività di contaminazione diretta e indiretta (realizzata cioè mediante accumulo nei territori e versamento nelle acque di rifiuti speciali altamente pericolosi nonché mediante diffusione di prodotti di compostaggio destinati alla concimazione contenenti residui pericolosi) assuma connotazioni di durata, ampiezza e intensità tali da risultare, in concreto, “straordinariamente grave e complessa”, come è accaduto nella vicenda in esame secondo la ricostruzione dei giudici di merito. Mentre, occorre ribadirlo, la prova di immediati ed evidentemente “tragici” effetti sull’uomo prodotti dall’evento non può essere assunta a parametro o a misura esclusiva del “disastro” “.

Non dissimile è poi la nozione giuridica precisata da Cass. sez. III, n. 9418/2008, secondo cui “... il requisito che connota la nozione di “disastro” è la “Potenza espansiva del nocumento” e l’ “attitudine a mettere in pericolo la pubblica incolumità” come emerge dai lavori preparatori del codice penale. Una recente sentenza della Cassazione (sezione 5 n 40330/2006), che ha affrontato in modo approfondito la esegesi della norma, ha precisato che il termine disastro implica sia cagionato un evento di danno o di pericolo per la pubblica incolumità “straordinariamente grave e complesso”, ma non “eccezionalmente immane”; pertanto “è necessario e sufficiente che il nocumento abbia un carattere di prorompente diffusione che esponga a pericolo, collettivamente, un numero indeterminato di persone” (conf. Cassazione sezione 5 sentenza 11486/1989)”.

Conforme appare ancora la nozione di “disastro innominato” resa da Cass. sez. IV n. 18974/2009. Deve allora escludersi che il deterioramento della qualità delle acque del torrente Vibrata e del tratto di mare prospiciente alla foce emerso in sede istruttoria possa qualificarsi come disastro ambientale, difettando quanto meno l’elemento della compromissione definitiva o comunque duratura degli habitat naturali e delle risorse ambientali.

D'altra parte pare sufficiente constatare che il fatto non risulterebbe neanche rilevante rispetto alla formulazione della nuova figura di delitto ambientale prevista dall'art. 452 quater c.p. a seguito della l. 68/2015, proprio per la mancanza del carattere di irreversibilità dell'alterazione o del difficile e particolarmente costoso ripristino dello status quo ante, certamente non ricorrendo le particolari caratteristiche dimensionali di cui all'ipotesi n. 3 del comma secondo.

E certamente non apparirebbe coerente pensare che il Legislatore sia intervenuto per restringere, anziché ampliare, l'ambito di punibilità delle condotte comportanti compromissione ambientale.

Ma neppure è configurabile il delitto di epidemia.

Va premesso che già la Relazione al Codice Penale 1930 fa riferimento all'esigenza di fronteggiare la possibilità di produrre e diffondere germi in grado di determinare epidemie, lasciando intendere che il morbo debba poter essere contratto facilmente e indiscriminatamente da tutte le persone e non solo da bambini in tenerissima età e in condizioni di non semplice trasmissione (come nel caso di specie).

La giurisprudenza di merito, peraltro, aveva affrontato il tema delimitando il campo coperto dal concetto di epidemia a ipotesi in cui il numero delle persone colpite sia elevato, indiscriminato, contagiato in tempi rapidi e il contagio non riguardi un ambito territoriale ristretto.

E sulla correttezza di una tale posizione occorre convenire, salvo voler ricondurre a tale ipotesi criminosa anche il fatto del soggetto che, affetto da influenza, frequenti locali pubblici o mezzi di trasporto collettivo.

Dall'esito dell'istruttoria è inoltre emerso come l'incremento di patologie gastrointestinali non potesse essere collegato in via esclusiva all'evento del 15/8/2010, non solo perché l'aumento delle patologie risultava risalire al 13/8/2010 e perché dovrebbe comunque considerarsi, il necessario periodo di incubazione (24/36 ore), ma soprattutto perché l'incremento delle patologie gastrointestinali è sembrato ripetersi periodicamente nei periodi estivi di maggior afflusso di turisti.

Ma d'altra parte, non è poi possibile omettere di considerare come non si sia provveduto a valutare possibili concause della moria di pesci del 15/8/2010, determinandone l'effettiva incidenza.

[omissis]

Tribunale di Pescara – Sent. 26.1.2018 – Est. De Rensis – Imp. A.

**Violazione degli obblighi di assistenza familiare in danno dei figli minori (art. 570 co. 2 n. 2 c.p.) – Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio (art. 570 bis c.p.) – Discrimine**

*In caso di inadempimento all'obbligo verso il figlio minore, pur operando una presunzione semplice di incapacità di quest'ultimo di produrre reddito proprio, non è sussumibile sub art. 570 co. 2 n. 2 c.p. la condotta del genitore che, pur non versando quanto stabilito dal giudice civile, non determini con il proprio inadempimento la mancanza di mezzi di sussistenza per il minore, non essendo la fattispecie posta a tutela del mero inadempimento civilistico. (1)*

*Non fanno parte della nozione di mezzi di sussistenza le dispendiose attività d'istruzione e ludiche dei minori, come la frequentazione del conservatorio, un corso linguistico extra-scolastico e l'attività sportiva che comporti la partecipazione a gare agonistiche molto dispendiose. (2)*

*Integra invece il delitto previsto dall'art. 12 sexies l. n. 898/1970 (oggi art. 570 bis c.p.) anche il solo inadempimento dell'obbligazione civile costituita dalla corresponsione della somma fissata dal giudice, prescindendo la tutela penale dallo stato di bisogno dell'avente diritto, e ben essendo sufficiente ad integrare il reato anche il versamento solo parziale in favore di figli minori. (3)*

[omissis]

Innanzitutto, poiché:

- nel capo d'imputazione si faceva riferimento, quale *tempus commissi delicti*, ai mesi di gennaio e febbraio 2014, con eventuale permanenza del reato;

- in data 7-8-2017 veniva depositata la remissione di querela avanzata dalla parte civile in data 30-3-2017 (con contestuale accettazione da parte dell'imputato);<sup>SEP</sup> appare opportuno considerare come, in tema di reati contro la famiglia, la fattispecie di cui all'art. 12 sexies l. n. 898 del 1970, richiamata dalla previsione di cui all'art. 3 l. n. 54 del

2006, che punisce il mero inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento stabilito dal Giudice a favore dei figli (senza limitazione di età) economicamente non autonomi, è reato perseguibile d'ufficio a natura permanente, la cui consumazione termina con l'adempimento integrale dell'obbligo ovvero con la data di deliberazione della sentenza di primo grado, quando dal giudizio emerga espressamente che l'omissione si è protratta anche dopo l'emissione del decreto di citazione a giudizio (cfr. Cass. sez. VI n. 23794 del 27-4/15-5-2017, rv. 270223).

Orbene, valutata la deposizione testimoniale resa dalla [omissis] alla summenzionata udienza, deve ritenersi l'insussistenza del fatto addebitato all'imputato – limitatamente alle ipotesi di cui all'art. 570, 2° co. n. 2) c.p. – alla luce dell'insegnamento secondo il quale tale articolo sanziona la condotta di colui il quale faccia mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa.

Secondo il costante insegnamento della Corte Suprema, mentre in caso di mancata corresponsione dell'assegno destinato al mantenimento del coniuge il Giudice penale deve accertare se – per effetto di tale condotta – siano venuti a mancare in concreto i mezzi di sussistenza al beneficiario (ex plurimis Cass. sez. VI n. 49501 del 12-11-2009, rv. 245653), in caso d'inadempimento all'obbligo del figlio minore, opera una presunzione semplice che quest'ultimo sia incapace di produrre reddito proprio.

In quanto presunzione semplice, essa è suscettibile di essere superata, ad esempio, allorquando il minore disponga di redditi patrimoniali, sempre che non si tratti di retribuzione per attività lavorativa, la quale, anzi, costituisce prova dello stato di bisogno (cfr. Casa. sez. VI n. 26725 del 26-3-2003, P.G. in proc. D'Onofrio, rv. 225875). Devesi altresì rimarcare (cfr. Cass. sez. VI n. 12400 del 12-1/15-3-2017, rv. 269728) come, nella nozione penalistica di "mezzi di sussistenza" – diversa dalla più ampia nozione civilistica di "mantenimento" – debbano ritenersi compresi non più solo i mezzi per la sopravvivenza vitale (quali il vitto e l'alloggio), ma anche gli strumenti che consentano, in rapporto alle reali capacità economiche ed al regime di vita personale del soggetto obbligato, un sia pur contenuto soddisfacimento di altre

complementari esigenze della vita quotidiana (quali, ad esempio, abbigliamento, libri di istruzione per i figli minori, mezzi di trasporto, mezzi di comunicazione).

Inoltre, ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 570, 2° co, n. 2), c.p., nell'ipotesi di corresponsione parziale dell'assegno stabilito in sede civile per il mantenimento, il Giudice penale deve accertare se tale condotta abbia inciso apprezzabilmente sulla disponibilità dei mezzi economici che il soggetto obbligato è tenuto a fornire ai beneficiari, tenendo inoltre conto di tutte le altre circostanze del caso concreto, ivi compresa la oggettiva rilevanza del mutamento di capacità economica intervenuta, in relazione alla persona del debitore, mentre deve escludersi ogni automatica equiparazione dell'inadempimento dell'obbligo stabilito dal Giudice civile alla violazione della legge penale (cfr. Cass. sez. II n. 24050 del 10-2/15-5-2017, rv. 270326).

Ebbene la [omissis] – la quale comunque non aveva affermato che l'A. aveva omesso tout court nei mesi di febbraio e marzo 2014 la corresponsione dell'importo di euro 1.750 (a titolo di mantenimento della figlia minore [omissis] e dell'importo di euro 1.750 (a titolo di mantenimento della [omissis]), poiché l'imputato si era "limitato ad una decurtazione dell'assegno" – aveva fatto riferimento non all'impossibilità di soddisfacimento di complementari (rispetto al vitto ed all'alloggio) esigenze della vita quotidiana (sua ovvero della figlia), bensì al fatto che "... la bambina si apprestava a febbraio, mi sembra, febbraio o marzo, doveva fare l'esame di ammissione al conservatorio stava «facendo un corso linguistico ... poi c'era tutta l'attività sportiva che mia figlia faceva e che quindi solitamente nel mese di marzo e aprile sono di preparazione perché doveva affrontare delle gare agonistiche molto onerose" – e di certo tali dispendiose attività non possono ritenersi comprese nel perimetro delimitato dalle categorie dei libri d'istruzione, dei capi d'abbigliamento o delle spese per i mezzi di trasporto.

A ciò deve accostarsi quanto contenuto nell'"Atto di remissione di querela e transazione" (allegato al verbale del 30-3-2017 della sezione di polizia giudiziaria in sede – aliquota Polizia di Stato) sottoscritto dall'imputato e dalla [omissis] nel quale "... la sig.ra [omissis] riconosce che ... non ha mai fatto mancare i mezzi di sussistenza alla figlia



minore e quanto necessario alla madre per un tenore di vita regolare e dignitoso”.

A conclusioni difformi si dovrebbe pervenire quanto alla fattispecie di cui all'art. 12 sexies l. n. 898/70, la quale è diversa da quella di cui all'art. 570 c.p., diversa essendo la materialità del primo illecito rispetto a quella che connota il secondo, in quanto, nel primo, la condotta è rappresentata dal solo inadempimento dell'obbligazione civile costituita dalla corresponsione della somma fissata dal Giudice. La giurisprudenza, in maniera costante, ha affermato che, in caso di mancato pagamento di quell'assegno, la tutela penale prescinde dalla prova dello stato di bisogno dell'avente diritto (cfr. Cass. sez. VI n. 44086 del 14/23-10-2014, rv. 260717). Nella medesima prospettiva, inoltre, deve ribadirsi che l'incapacità economica dell'obbligato, intesa come impossibilità di far fronte agli adempimenti fissati in sede civile, deve essere assoluta e deve integrare una situazione di persistente, oggettiva ed incolpevole indisponibilità di introiti, mentre nel caso in esame, l'imputato non ha offerto alcuna dimostrazione di versare in una situazione di assoluta ed incolpevole indigenza, tale da rendere materialmente impossibile l'ottemperanza alle relative statuizioni civili.

Come verificatosi nel caso di specie, il delitto previsto dall'art. 12 sexies L. 1 dicembre 1970, n. 898, si configura anche in presenza di un inadempimento parziale dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile, non essendo riconosciuto all'obbligato un potere di adeguamento dell'assegno in revisione della determinazione fattane dal Giudice (cfr. Cass. sez. VI n. 35553 del 7-7/29-9-2011, rv. 250841). Inoltre (cfr. Cass. sez. VI n. 16458 del 5/27-4-2011, rv. 250090) integra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare il genitore separato che ometta anche solo parzialmente il versamento in favore dei figli minori di quanto stabilito per il loro mantenimento, a prescindere da ogni accertamento sulla sufficienza della somma prestata in concreto alla loro sussistenza (in motivazione la Corte ha precisato che il principio consegue all'estensione alla separazione della previsione di cui all'art. 12 sexies l. 1 dicembre 1970, n. 898, ad opera dell'art. 3 l. 8 febbraio 2006, n. 54).

[omissis]

Tribunale di Pescara – Ord. 13.3.2018 – G.I.P. Colantonio – Ind. P.

**Maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) – Ingiuria, minaccia ed atti persecutori (art. 594, 612 e 612 bis c.p.) – Assorbimento**

*Il delitto di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p., qualora le condotte violente, minacciose e persecutorie, siano state poste in essere dal reo in danno del coniuge, assorbe i reati di ingiuria, molestia ed atti persecutori anche nel caso di separazione e di conseguente cessazione della convivenza, rimanendo integri i doveri di rispetto reciproco, di assistenza morale e materiale e di solidarietà che nascono dal rapporto coniugale. (1)*

*Nel caso di condotte minacciose, violente e persecutorie in danno della moglie in fase di cessazione di fatto della convivenza, la condotta deve essere qualificata ai sensi dell'art. 572 c.p. in forza della specifica clausola di riserva espressa nell'art. 612 bis c.p. (2)*

[omissis]

Invero, la documentazione in atti attesta che il prevenuto, per il periodo descritto nell'imputazione, ha posto in essere le condotte descritte nell'imputazione in danno della propria ex moglie.

[omissis]

In diritto, è buona regola ricordare che il delitto di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p., qualora le condotte violente, minacciose e persecutorie, siano state poste in essere (come nella vicenda che ci occupa) dal reo in danno del coniuge, assorbe i reati di ingiuria, molestia ed atti persecutori (art. 612 bis c.p.) anche in caso di separazione e di conseguente cessazione della convivenza, rimanendo integri i doveri di rispetto reciproco, di assistenza morale e materiale e di solidarietà che nascono dal rapporto coniugale (Cfr. Cass. nn. 33882/14; 7369/12). Infatti, anche in caso di separazione legale la Suprema Corte di Cassazione (Cfr. Cass. nn. 3570/99; 26571/08) ha ravvisato la configurabilità del reato di maltrattamenti, con assorbimento del reato di atti persecutori, atteso che al venir meno degli obblighi di convivenza e fedeltà non corrisponde il venir meno dei doveri di reciproco rispetto e di assistenza morale e materiale tra coniugi.

Queste considerazioni, preso atto che il prevenuto reiterava condotte minacciose, violente e persecutorie in danno della moglie in fase di cessazione di fatto della convivenza, inducono a qualificare la condotta ai sensi dell'art. 572 c.p.: reato più grave che, in forza della specifica clausola di riserva ("Salvo che il fatto costituisca più grave reato...") espressa nell'art. 612 bis c.p., assorbe il reato di atti persecutori.

[omissis]

Tribunale di Chieti – Sent. 16.4.2018 – Est. Di Berardino – Imp. D.G.

**Maltrattamenti – Elementi costitutivi – Abitualità della Condotta – Necessità**

*Per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 572 c.p. è necessaria la sistematica sopraffazione della vittima attuata con la coscienza a la volontà di sottoporla ad una serie di sofferenze fisiche o morali, in modo abituale, con l'instaurazione di un sistema di sopraffazioni e di vessazioni. (1)*

[omissis]

Ora nel caso di specie anche qualora volesse estendersi l'angusto quadro probatorio ai contenuti della denuncia ulteriori rispetto a quelli confermati dai testimoni in dibattimento – dal quale è di fatto emerso il compimento di due soli atti (le percosse del 4.9.2017 nei confronti della madre e le minacce rivolte al padre e alla madre il 26.5.2017), può notarsi come anche verbale dei Carabinieri descriveva specificamente solamente quei due episodi, dopo la cui narrazione, o il padre o la madre (la redazione dell'atto è sintatticamente incerta) aggiunse confusamente: "dall'inizio del settembre 2017, oltre alle minacce e ai danneggiamenti, ci sta anche maltrattando". Prosegue il verbale nel descrivere la spinta rifilata alla madre: "Infatti, in data 4.9.2017..." (v. *supra*).

Null'altro.

Il dibattimento era dunque chiamato ad acquisire elementi aggiuntivi, necessari a inserire quelle minacce del 26-9-2017 e quella percossa del 4.9.2017 in un contesto di sistematica sopraffazione dei genitori

da parte dell'imputato, cioè a dimostrare i tratti distintivi del delitto contestato.

Senonché, i coniugi D.G., all'evidenza scossi dal processo e delle conseguenze della loro denuncia, hanno completamente ridimensionato quella vaga allusione a condotte maltrattanti, giustificando quei due episodi (ripetuti peraltro solo a fronte della lettura della denuncia) con il "nervosismo" di D.G.D., disoccupato, sentimentalmente infelice, con problemi di tossicodipendenza e sottoposto agli arresti domiciliari.

Tutto quel che occorre per sussumere quei gesti nel più grave reato abituale di maltrattamenti, è stato negato. Anzi, non esattamente negato, come poteva apparire *prima facie* nel corso del più che titubante esame dei testimoni – laddove il giudicante, prima della concorde acquisizione del verbale, sconosceva il contenuto della denuncia e perciò ha più volte invitato i coniugi a dire la verità –, bensì semplicemente escluso.

Le espressioni generiche e stereotipe contenute nel verbale sono state contraddette dai genitori, nel senso che quelle di suo figlio, hanno detto, erano comuni manifestazioni di "nervosismo" che, tutto sommato, loro riuscivano a gestire, ma che richiedevano una diversa sistemazione

[*omissis*]

Né il nesso unificatore della coscienza e della volontà di sottoporre i genitori ad una serie di sofferenze fisiche e morali, in modo abituale, con l'instaurazione di un sistema di sopraffazioni e di vessazioni, può fondarsi su discussioni per la vendita di alcuni beni su internet, laddove non si registrano vessazioni di altro tipo nella quotidianità.

Deve pertanto essere attribuita al fatto una diversa qualificazione giuridica, senza alcuna influenza sull'imputazione, già contenente l'esplicito riferimento, tra le altre, alle condotte di percosse (indubbiamente integrate dalla violenta spinta alla madre e procedibili, entrambi i genitori avendo, nel ridetto verbale, manifestato in maniera inequivoca la volontà di punizione del figlio) e minacce, queste ultime, naturalmente, nella forma aggravata di cui al secondo comma dell'art. 612 c.p., avuto riguardo alle allarmanti e gravissime modalità della intimidazione [*omissis*] al contesto già intriso di tensione violenta e al turbamento ingenerato nelle persone offese che non poterono non soffrire per quello sconcertante atteggiamento del figlio (sul concetto di minaccia grave, v. Cass. sez. VI aprile 2016 n. 16145).

[*omissis*]

\*\*\*\*\*

Tribunale di Pescara – Sent. 12.2.2018 – Est. Medica – Imp. S.

**Maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) – In genere – Convivenza forzata – Sussistenza del reato**

*Ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia è sufficiente anche una relazione familiare di mero fatto qual è quella susseguente ad una convivenza instaurata a seguito di un'occupazione forzata di una abitazione. (1)*

[omissis]

Dopo diciotto anni di convivenza, nel 2011, P.S. aveva abbandonato l'abitazione e la compagna, senza provvedere al pagamento delle utenze e del canone di locazione.

La teste aveva dovuto pagare tutti gli arretrati e, per non perdere l'assegnazione della casa, era stata costretta a fare ricorso all'ATER, ottenendo la sanatoria e divenendo unica assegnataria dell'alloggio.

Il 23.12.2012 P.S. era rientrato furtivamente nell'abitazione, passando dalla finestra, unitamente ad A.D., con la quale si era nel frattempo sposato e dalla quale aspettava un figlio.

Gli imputati non solo avevano occupato forzosamente l'abitazione assegnata a p.m., ma avevano anche costretto quest'ultima a vivere confinata esclusivamente nella sua camera da letto, senza poter liberamente utilizzare le restanti parti della casa.

Anche dopo la nascita del figlio avevano continuato a vivere nel medesimo alloggio, mantenendo la P.A. in una condizione di assoluta soggezione, in quanto vittima delle offese, umiliazioni e percosse a lei quotidianamente riservate dagli imputati.

[omissis]

Come da consolidato orientamento giurisprudenziale, le dichiarazioni rese dalla persona offesa del reato possono costituire anche la sola prova a carico degli imputati, non essendo necessari riscontri esterni, a condizione che venga adeguatamente verificata sia la credibilità soggettiva del dichiarante, sia l'attendibilità del suo racconto, che deve carat-

terizzarsi per linearità e ricchezza di contenuto, scevro da contraddizioni, e tale verifica deve peraltro essere più rigorosa e penetrante rispetto a quella richiesta per gli altri testimoni (Cass. pen., sez. II, 15.11.2016, n. 5; Cass. pen., sez. VI, 03.10.2017, n. 46402).

Nell'operare la suddetta verifica, deve essere rilevato che in sede di escussione la teste si è dimostrata assolutamente lucida e coerente, e, seppur comprensibilmente emozionata nel riportare alla memoria eventi che sono stati per tempo fonte di sofferenza, non si è mai contraddetta.

Deve dunque darsi atto della credibilità della teste, che ha consentito una ricostruzione dei fatti chiara, lineare, e puntuale nei particolari, avvalorata dai certificati di Pronto Soccorso prodotti.

Considerata la sistematicità con la quale sono state poste in essere le condotte aggressive degli imputati nei confronti della persona offesa, non può che ritenersi sussistente il carattere della "abitualità", necessaria a configurare il reato di maltrattamenti contro conviventi, oltre al reato di lesioni aggravate comprovato dal certificato di Pronto Soccorso dell'8.11.2013.

L'anomalia della situazione, che aveva indotto la persona offesa a subire per oltre un anno e mezzo la brutale convivenza con l'ex compagno, la di lui moglie ed il bambino successivamente nato, trova la sua giustificazione nel pregresso rapporto di convivenza tra P.S. e la P.A. che, evidentemente, aveva mantenuto nei confronti del P.S. quella consuetudine di rapporti famigliari che, nel caso di specie, si era sempre caratterizzata dalla prevaricazione dell'uno sull'altra. Sentita in merito la P.A. ha infatti dichiarato che, anche durante il pregresso rapporto di convivenza, l'imputato l'aveva in più occasioni percossa, precisando che, proprio per questo motivo, portava una protesi dentaria.

Tale circostanza trova riscontro nei certificati medici allegati, del 12.01.02 (trauma contusivo emitorace sx e contusioni craniche provocate da violenza altrui, con prognosi di 10 giorni) e del 14.02.06 (stato ansioso depressivo situazionale e riferite percosse ricevute dal convivente).

Può quindi ritenersi sussistente quella relazione famigliare di mero fatto, richiesta per la configurabilità del reato sanzionato ex art. 572 c.p., nel caso di specie caratterizzata proprio dalla prevaricazione dell'imputato sulla persona offesa.

[omissis]

## NOTA (1)

*Nella decisione in rassegna, il giudice pescarese ha ritenuto di poter sussumere nella «relazione familiare di mero fatto», di cui alla fattispecie dell'art. 572 c.p., un rapporto di convivenza forzata, definita "brutale" dallo stesso estensore e caratterizzata dalla «prevaricazione dell'imputato sulla persona offesa».*

*A ben vedere, la ricostruzione storica della vicenda racconta non già di una relazione di convivenza, ma soltanto di un nucleo familiare che ha inteso occupare con la violenza e la sopraffazione un immobile altrui, relegando la legittima titolare alla disponibilità di una sola stanza e costringendola, dunque, ad una coabitazione contro la sua volontà.*

*Ci si interroga, sul punto, se questa anomala coabitazione possa integrare i requisiti recati dalla norma penale in parola, come ritenuto dal giudicante.*

*Com'è noto, a seguito della riforma condotta dalla l. 1° ottobre 2012 n. 172, che ha modificato anche la rubrica, la fattispecie delittuosa di cui all'art. 572 c.p. contempla, tra i soggetti potenzialmente destinatari dei maltrattamenti: «una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte».*

*Continuando a seguire il mero dato letterale normativo, appare focale riferirsi preliminarmente ad un legame di tipo familiare, costruito – in particolare secondo la più risalente esegesi – sulla relazione di autorità, anche di fatto, da esercitarsi sul soggetto passivo. In tali termini, si è ritenuto che il reato potesse commettersi anche a danno degli ascendenti o dei domestici, rilevando in primis il dato della convivenza nel legame nei riguardi di «persone della famiglia», locuzione questa da intendersi in senso lato (cfr. Cass. 28 settembre 1944, in Riv. pen., 1945, 201, 274 sull'autorità di fatto). Progressivamente, anche il requisito della convivenza (o della coabitazione) si è attenuato, nonostante il parere contrario di parte della dottrina (cfr. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte speciale, I, Milano, 1992, 434), riconoscendosi la possibilità di ritenere la sussistenza del reato per condotte poste a carico di "familiari" nei cui riguardi sia cessata la convivenza o la coabi-*

*tazione, come nel caso del coniuge separato di fatto (Cass., 12 ottobre 1989, in Cass. pen., 1991, I, 1229).*

*Una sintesi recente di ciò appare leggersi, come in altre, in Cass., sez. V, 3 marzo 2010 n. 24668, in DeJure-Giuffrè: «ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia non è necessaria la convivenza o coabitazione, essendo sufficiente che intercorrano relazioni abituali tra il soggetto passivo e quello attivo, dal momento che oggetto di tutela dell'art. 572 c.p. sono le persone della famiglia, ove per famiglia non si intende soltanto un consorzio di persone avvinte da vincoli di parentela naturale o civile, ma anche una unione di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione e di solidarietà».*

*Il limite esterno alla convivenza sembra essere così tratteggiato: «il reato di maltrattamenti in famiglia è ravvisabile non solo rispetto ai nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale; in assenza di vincoli nascenti dal coniugio, il delitto di maltrattamenti in famiglia è comunque configurabile nei confronti di persona non più convivente more uxorio con l'agente qualora quest'ultimo conservi con la vittima una stabilità di relazione dipendente dai doveri connessi alla filiazione» (cfr. Cass., sez. VI, 28 settembre 2017 n. 52723, in D&G 2017).*

*Quel che sembra carente nel fatto storico ricostruito nella decisione che ci occupa è l'affidamento reciproco e la presenza di vincoli di assistenza, protezione e solidarietà, per effetto del comune sviluppo personale psicologico che in tali comunità si verificano, e che, proprio per il vincolo di solidarietà reciproca che questo crea, può rendere difficile alla vittima cogliere lo specifico disvalore degli atti cui è sottoposta, producendo l'ulteriore danno derivante dall'abitudine della sopraffazione, con ciò realizzandosi una lesione del suo interesse ad un'esistenza libera e dignitosa, che si aggiunge a quelle derivanti dalle specifiche ipotesi delittuose che tale violazione fisiologicamente ingloba; in questo senso Cass., sez. VI, 19 aprile 2017 n. 31595, in D&G 2017, secondo cui, altresì: «il delitto di maltrattamenti è configurabile anche se con la vittima degli abusi vi sia un*



*rapporto familiare di mero fatto, desumibile, anche in assenza di una stabile convivenza, dalla messa in atto di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà ed assistenza. Del resto, sulla scorta della consolidata giurisprudenza di legittimità, la novella del 1 ottobre 2012 n. 172, ha parzialmente riformato l'art. 572 c.p., cambiando la rubrica da maltrattamenti in famiglia in maltrattamenti contro familiari e conviventi, e precisando che soggetto passivo del reato non è soltanto una persona della famiglia, ma una persona della famiglia o comunque convivente e, dunque, riconoscendo il valore sociale della convivenza come modello idoneo a costituire una di quelle formazioni sociali che l'ordinamento costituzionale si impegna a riconoscere e garantire (v. art. 2 cost.) ha inteso assicurare tutela penale non solo ai componenti della famiglia legale, ma anche ai membri delle unioni di fatto fondate sulla convivenza».*

*In ultimo, può dirsi dirimente la lettura approfondita di Cass., sez. VI, 7 maggio 2013 n. 22915, in D&G 2013, secondo cui «l'art. 572 c.p., nel perseguire la condotta di colui che "maltratta una persona della famiglia", considera famiglia – per giurisprudenza consolidata – non soltanto quella legittima fondata sul matrimonio, ma anche quella di fatto, connotata da un rapporto tendenzialmente stabile fondato su legami di reciproca assistenza e protezione». La Suprema corte precisa, a tal proposito, che: «agli effetti dell'art. 572 c.p. – è stato affermato a partire da Cass., sez. 2, 26.5.1966, Palombo, rv 101563 – deve considerarsi famiglia ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione: anche il legame di puro fatto stabilito tra un uomo e una donna vale pertanto a costituire una famiglia in questo senso, quando risulti da una comunanza di vita e di affetti analoga a quella che si ha nel matrimonio». Più precisamente si è sostenuto che sono da considerare persone della famiglia, anche i componenti della famiglia di fatto, fondata sulla reciproca volontà di vivere insieme, di generare figli, di avere beni in comune, di dare vita a un nucleo stabile e duraturo (cfr. ex plurimis, Cass., sez. VI, 24 gennaio 2007 n. 21239, in Ced Cass., n. 236757; Id, 29 gennaio 2008 n. 20647, ivi, n. 239726). Non dissimilmente, secondo gli stessi giudici di Piazza Cavour, la convivenza deve ritenersi, «secondo l'id quod plerumque accidit, il fenomeno che rivela fisicamente il rapporto di*

*solidarietà e protezione che lega due o più persone che formano un consorzio familiare».*

*Per un approfondimento, fra altri autori, v. PAVICH, Il delitto di Maltrattamenti. Dalla tutela della famiglia alla tutela della personalità, Milano 2012.*

*Giacomo Nicolucci*

Tribunale di Teramo – Ord. 17.9.2018 – Pres. Iacoboni – Imp. A.

**Processo penale – Prova – Intercettazioni telefoniche – Trascrizione – Rapporto con l’assunzione di prove dichiarative**

*L’indicazione delle conversazioni intercettate e da trascrivere appare pregiudiziale rispetto all’assunzione delle prove dichiarative dovendosi riconoscere il diritto delle parti di orientare le proprie strategie anche in relazione all’esito delle trascrizioni. (1)*

[omissis]

considerato che la difesa ha motivato la richiesta di rinvio del procedimento sulla circostanza che non è stata eseguita la perizia di trascrizione delle intercettazioni e che pertanto non è garantito il diritto dei difensori di accedere alle trascrizioni;

considerato che dal verbale di udienza del 26.1.2018 si desume che il pubblico ministero ha chiesto (e ottenuto) l’espletamento di una perizia di trascrizione delle intercettazioni telefoniche;

considerato che dal medesimo verbale si desume che all’udienza successiva le parti avrebbero dovuto indicare le intercettazioni oggetto della perizia, atteso l’inciso “i difensori possono ascoltare le registrazioni fino alla prossima udienza”;

considerato peraltro che nel fascicolo per il dibattimento non si rinviene l’indicazione analitica delle conversazioni da trascrivere e che pertanto appare pregiudiziale ottenere dalle parti tale indicazione, sulla

cui base le stesse potranno orientare le proprie strategie, anche in relazione all'esito delle trascrizioni, ritenuta l'opportunità di non procedere odiernamente all'assunzione di prove dichiarative, in ragione della pregiudiziale illustrata

PQM

Invita il Pubblico Ministero a produrre i supporti e l'elenco delle intercettazioni da trascrivere, assegnando alle parti private termini fino alla prossima udienza per l'indicazione delle intercettazioni da trascrivere.

NOTA (1)

*L'ordinanza in rassegna appare conforme al decisum di Corte di Cassazione sez. IV, numero 39126/18 depositata il 29 agosto 2018 laddove si legge che "la richiesta di copia delle trascrizioni, in quanto finalizzata al diritto di difesa, deve essere evasa in tempo utile e dunque laddove al difensore venga data possibilità di visionare le trascrizioni solo in udienza, egli si trova nell'impossibilità di preparare ed orientare il controesame".*

Tribunale di Chieti – Ord. 20.6.2018 – Est. Ribaudò – Imp. G.

**Nullità del provvedimento di archiviazione – Presupposti – Reclamo innanzi al Tribunale in composizione monocratica**

*L'ordinanza di archiviazione, emessa a seguito dell'udienza svolta dinanzi al G.I.P. nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., è impugnabile dalla persona offesa nei soli casi in cui vengano violate le garanzie del contraddittorio proprie del rito camerale, senza che in sede di reclamo possa trovare ingresso alcuna censura attinente al merito delle valutazioni espresse dal G.I.P. (1)*

[omissis]

Ciò posto va evidenziato come il reclamante, con tre motivi, contestava il provvedimento d'archiviazione esclusivamente nel merito non

condividendo il reclamante le ragioni poste dal Giudice per le indagini preliminari a fondamento della propria decisione.

Ciò premesso, occorre preliminarmente rilevare che il provvedimento reclamato è stato pronunciato all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 26 ottobre 2017 e, pertanto, lo stesso deve essere più correttamente qualificato come ordinanza di archiviazione e non già come "decreto" così come assume il difensore della persona offesa alla pag. n. 7 del ricorso.

La disciplina codicistica, infatti, riserva la forma del decreto alle ipotesi in cui il Giudice per le indagini preliminari provveda de plano, senza la preventiva fissazione di un'udienza da svolgersi nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p.

Tale riqualificazione determina la necessità di procedere al vaglio dei motivi di reclamo alla luce del disposto dell'art. 410 bis, co. 2, c.p.p., che, con specifico riferimento all'ordinanza di archiviazione, individua cause di nullità autonome e diverse da quelle che, in base alla previsione del comma 1, connotano il regime patologico del decreto.

L'art. 410 bis c.p.p., infatti, detta una disciplina della nullità del provvedimento di archiviazione con statuizioni che si differenziano in ragione della forma rivestita dal provvedimento medesimo.

Più in particolare, il comma 1 individua tutti i motivi formali che possono determinare la nullità del decreto di archiviazione, con previsioni da ritenersi tassative e non suscettibili di interpretazione analogica.

Il comma 2, invece, identifica le nullità dell'ordinanza di archiviazione con quelle proprie del rito camerale, richiamando il disposto dell'art. 127, co. 5, c.p.p.

Trattandosi, nella fattispecie in esame, di ordinanza di archiviazione e non già di decreto, essa, dunque, sarebbe "nulla solo nei casi previsti dall'art. 127 comma 5" (art. 410 bis co. 2 c.p.p.).

Tale previsione, invero, limita il potere di impugnazione in capo alla persona offesa ai soli casi in cui vengano violate le garanzie del contraddittorio proprie del rito camerale, senza che in sede di reclamo possa trovare ingresso alcuna censura attinente al merito delle valutazioni espresse dal giudice per le indagini preliminari.

Il reclamo, infatti, si configura quale strumento deputato al mero controllo di legalità dei provvedimenti di archiviazione, essendo deman-

dato al Tribunale in composizione monocratica un sindacato limitato a soli vizi formali che non può estendersi al merito della decisione adottata con il decreto o l'ordinanza oggetto di reclamo.

Alla luce di tali considerazioni, può procedersi al vaglio delle censure formulate dall'odierno reclamante, da intendersi riferite al provvedimento di archiviazione in forma di ordinanza così come correttamente qualificato, con conseguente operatività, del regime di nullità di cui all'art. 410 bis, co. 2., c.p.p.

Ebbene, nessuna delle ipotesi di nullità contemplate alte dall'art. 127, comma 5 c.p.p. sarebbe ravvisabile nel caso concreto, dal momento che l'udienza camerale per la discussione dell'opposizione all'archiviazione si svolse in presenza delle parti interessate, senza che alcuna eccezione alla loro costituzione fosse stata sollevata, laddove, al contrario, nel processo verbale d'udienza sono riportate le argomentate richieste del difensore della persona offesa.

Ed invero, come sopra evidenziato, con le uniche censure articolate nell'atto di reclamo si contesta esclusivamente il merito delle valutazioni operate dal Giudice per le indagini preliminari con il provvedimento di archiviazione.

Tali censure non risultano azionabili con lo strumento di cui all'art. 410 bis c.p.p. che, come già rilevato, si configura quale rimedio deputato al mero controllo di legalità dei provvedimenti reclamati.

Al Tribunale in composizione monocratica risulta, infatti, demandato un sindacato limitato a soli vizi formali che non può estendersi al merito dell'iter motivazionale enunciato dal Giudice per le indagini preliminari con il decreto o l'ordinanza di archiviazione.

Alla inammissibilità del reclamo consegua ai sensi dell'art. 410-bis co. 4 c.p.p. la condanna della parte privata che lo ha proposto al pagamento delle spese del procedimento e, nel caso di inammissibilità, anche al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende nei limiti di quanto previsto dall'art. 616, comma 1°.

[omissis]

# Giurisprudenza amministrativa

T.a.r. Abruzzo, Pescara – Sentenza del 15 ottobre 2018 n. 297 – Pres. Tramaglino – Est. Ballorini

**D.a.s.p.o. – Applicabilità – Commissione dei reati di cui agli articoli 6 bis e 6 ter della legge n. 401 del 1989 – Assenza di automatismo – Discrezionalità della P.A. – Valutazione autonoma della pericolosità**

*Ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 401 del 1989, il fatto di aver commesso uno dei reati di cui agli articoli 6 bis e 6 ter della medesima legge costituisce solo il presupposto per valutare l'applicabilità della misura di prevenzione del D.a.s.p.o., la quale è rimessa alla discrezionalità della P.A., senza alcun automatismo rispetto alla responsabilità penale, e richiede quindi una distinta ed autonoma valutazione della specifica condotta individuale ai fini del giudizio prognostico di pericolosità. (1)*

*Non basta il lancio dei petardi (articolo 6 bis) o il possesso dei medesimi (articolo 6 ter), atteso che la discrezionalità di cui gode il Questore (e riassunta dall'espressione "il Questore può" di cui all'articolo 6 della medesima legge n. 401 del 1989) deve essere funzionale a evitare la partecipazione a future manifestazioni sportive da parte di chi, come si evince all'ultimo periodo del medesimo articolo 6 cit., ha tenuto "una condotta, sia singola che di gruppo, evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o a creare turbative per l'ordine pubblico". (2)*

[omissis]

È stato impugnato il provvedimento con il quale il Questore di Chieti ha disposto nei confronti del ricorrente il divieto di accesso a tutti gli impianti sportivi siti nel territorio nazionale e della Comunità Europea, sulla base, sostanzialmente, della seguente motivazione: "persone appartenenti a entrambe le tifoserie accendevano strumenti

per l'emissione di fumo "fumogeni" che dapprima reggevano in mano, sventolandoli in modo pericoloso tra gli spettatori, per poi gettarli tra gli stessi mentre erano ancora accesi, generando, nelle più volte reiterate circostanze, grave pericolo e turbamento per l'ordine e la sicurezza pubblica" ... e evidenziando altresì che il ricorrente per tali fatti veniva anche denunciato per il reato di cui all'articolo 6 bis della legge 401/1989.

Il ricorrente lamenta che la motivazione del provvedimento gravato sarebbe apodittica perché in esso non sarebbe specificato in cosa sia consistito dettagliatamente il comportamento pericoloso da egli singolarmente posto in essere, e quale manifestazione sintomatica di pericolosità lo stesso abbia conseguentemente mostrato; sarebbe inoltre carente di motivazione poiché sostanzialmente basato solo sulla circostanza dell'avvenuta denuncia all'A.G. ai sensi dell'articolo 6 bis cit., mentre l'articolo 6 comma 1 della medesima legge dispone che il Questore "può" applicare il D.a.s.p.o. ai segnalati all'A.G., così postulando l'obbligo di accertamento di un *quid pluris* rispetto alla mera condotta penalmente rilevante, nel senso di dover esplicitare gli elementi della condotta concretamente sintomatici di pericolosità sociale tale da giustificare il divieto in questione.

[omissis]

Il ricorso è fondato.

Come già evidenziato in sede cautelare, ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 401 del 1989, il fatto di aver commesso uno dei reati di cui agli articoli 6 bis e 6 ter della medesima legge costituisce solo il presupposto per valutare l'applicabilità della misura di prevenzione in disamina, la quale è rimessa alla discrezionalità della P.A., senza alcun automatismo rispetto alla responsabilità penale, e richiede quindi una distinta e autonoma valutazione della specifica condotta individuale ai fini del giudizio prognostico di pericolosità (...il Questore può disporre...).

Deve essere valutato se il comportamento tenuto in concreto possa essere sintomatico, ai fini di polizia, di una specifica pericolosità tale da giustificare, oltre alla denuncia penale, anche l'ulteriore misura di prevenzione; anche se la pericolosità può essere manifestata mediante un'accertata consapevole partecipazione a azioni di gruppo, nel caso di specie manca comunque la prova di un comportamento concreto del ricorrente (autonomo o "di partecipazione"), volto in modo chiaro e

univoco alla commissione di episodi violenti o minacciosi (cfr. T.a.r. Pescara, sentenza n. 47 del 2018).

Non basta cioè il lancio dei petardi (articolo 6 bis) o il possesso dei medesimi (articolo 6 ter), atteso che la discrezionalità di cui gode il Questore (e riassunta dall'espressione "il Questore può" di cui all'articolo 6 della medesima legge 401 del 1989) deve essere funzionale a evitare la partecipazione a future manifestazioni sportive da parte di chi, come si evince all'ultimo periodo del medesimo articolo 6 cit., ha tenuto "una condotta, sia singola che di gruppo, evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o a creare turbative per l'ordine pubblico".

Ciò premesso, il Collegio rileva che neanche all'esito dell'ordinanza istruttoria adottata da questo Tribunale sono stati depositati dall'Amministrazione prove dirette (foto, riprese video, ecc...) da cui poter evincere per ciascun soggetto coinvolto il ruolo svolto negli accadimenti in questione e in grado di manifestare una partecipazione attiva ad episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o a creare turbative per l'ordine pubblico; anzi dalle immagini in atti emergono per lo più atteggiamenti festosi e di incitamento della propria squadra da parte di un gruppo sparuto e abbastanza isolato di tifosi i quali non appaiono affatto manifestare atteggiamenti minacciosi, aggressivi od ostili.

Le spese, parzialmente compensate in ragione della opinabilità della questione affrontata (Cassazione sentenza n. 2883 del 2014; Corte Costituzionale sentenza n. 77 del 2018), per la restante parte seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo, tenuto conto anche della serialità dei ricorsi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

[omissis]



## NOTA (1) (2)

*La sentenza del T.A.R. Pescara n. 297 del 15 ottobre 2018 sancisce il principio di diritto per il quale la denuncia penale per lancio di petardi o per il possesso dei medesimi in occasione dello svolgimento di manifestazioni sportive, non determina un'automatica applicazione della misura del D.a.s.p.o. (divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive) come prevista dall'art. 6 della legge del 13 dicembre 1989, n. 401 e s.m.i.*

*Continua il T.A.R. pescarese nell'affermare che l'applicazione del suddetto divieto è rimessa alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione, senza esserci alcun automatismo rispetto alla responsabilità penale, in quanto deve essere valutato se il comportamento tenuto in concreto dal tifoso possa essere sintomatico, ai fini di polizia, di una specifica pericolosità tale da giustificare, oltre alla denuncia penale, anche l'ulteriore misura di prevenzione.*

*Nello specifico, a detta dei Giudici amministrativi, non basta il lancio dei petardi (come penalmente punito dall'art. 6 bis della legge n. 401/1989) o il possesso dei medesimi (come sanzionato dall'art. 6 ter della legge n. 401/1989) in occasione di manifestazioni sportive per disporre, in via automatica e diretta, la misura della prevenzione del divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono le manifestazioni sportive; in quanto il Questore può disporre, pur in presenza di detti fatti di reato, l'applicazione del D.a.s.p.o. solo quando tale misura sia funzionale ad evitare la partecipazione a future manifestazioni sportive da parte di chi, in occasione di eventi sportivi, "abbia tenuto una condotta (violenta, di minaccia e di intimidazione) sia singola che di gruppo idonea a mettere in pericolo la sicurezza pubblica o a creare turbative per l'ordine pubblico".*

*Certamente tali principi segnano un importante arresto in tema di misure di prevenzione (seppur atipiche come il D.a.s.p.o.<sup>1</sup>: così, ex*

1. La dottrina e la giurisprudenza sono ormai unanimi nel ritenere il D.a.s.p.o. una misura di prevenzione atipica, ravvisandone il carattere di atipicità nel suo mancato inserimento nell'ambito della disciplina generale delle misure di prevenzione, nel connotato del tutto particolare che assume la pericolosità sociale nelle fattispecie normativamente previste, e perché a differenza di quanto accade nelle misure di prevenzione ordinarie, l'organo di Polizia non assume la veste di semplice soggetto proponente (e l'autorità giudiziaria la veste dell'organo che la applica) ma è il soggetto stesso che procede ad irrogare il provvedimento (senza la necessità quindi di una sua convalida giudiziale *ex post*,

multis: Cass. pen. sez. un., Sent. n. 44273 del 12.11.2004 e Cass. pen. sez. III, Sent. n. 37757 del 16 luglio 2014) applicate dall'Amministrazione di Pubblica sicurezza, in quanto si cerca di contemperare l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico (da intendersi "pur sempre come bene primario": così C. cost. Sent. n. 218/1988) con le garanzie costituzionali di cui agli articoli 13 e 16 della Costituzione, in materia di libertà personale e libertà di circolazione dell'individuo.

Infatti il T.A.R. di Pescara ha nell'occasione fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>2</sup> della disposizione di cui all'art. 6 della legge n. 401/1989. In quanto ha provveduto ad interpretare tale norma "in senso sostanzialistico e tipicamente offensivo"; invocando la necessità che il Questore, prima di disporre la misura di prevenzione, valuti realmente che le condotte contestate possano arrecare un danno o un pericolo concreto alla pubblica sicurezza e all'ordine pubblico.

In questo senso pare, in tale ambito, essersi trasposta la "ratio normativa di sistema" sottesa all'art. 49, comma II del Codice Penale<sup>3</sup>,

successiva alla sua emanazione; così in giurisprudenza: Corte Costituzionale, sentenza n. 512/2002; Cass. Pen., Sezioni Unite, Sent. n. 44273 del 12 novembre 2004: "Sentenza Labbia"; Cass. Pen. Sez. III, Sent. n. 37757 del 16 luglio 2014; Cass. Pen., sez. III, Sent. del 6 agosto 2002, n. 29078; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I Sent. n. 707 del 6 marzo 2003; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, Sent. n. 278 del 3 marzo 2016; in dottrina: S. Del Corso: "Commento dell'art. 6 della Legge del 13 dicembre 1989, n. 401", in Legislazione Penale, 1990, II, pagg. nn. 113-114; F. Nuzzo "Appunti sul divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive", in Giustizia Penale, 1995, II, col. 318; P.V. Molinari "La nuova formulazione della atipiche misure di prevenzione personali in tema di fenomeni di violenza in occasione delle competizioni agonistiche", in Cassazione Penale, 1995, pag. 2475 e ss.; P.V. Molinari e U. Papadia "Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive", Giuffrè, Milano, 2002.

2. Sul "D.a.s.p.o e sulla sua compatibilità costituzionale": A. Bonomi: "Il D.a.s.p.o. nella giurisprudenza costituzionale: punti chiari, aspetti controversi e zone d'ombra"; A. Bonomi e G. Pavich nello scritto "Daspo e problemi di costituzionalità" in "Diritto penale contemporaneo", [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) D.P.C., 6 giugno 2015). Altra dottrina (D. Petrini in "La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum", Jovene Editore, Napoli, 1996) ha parlato del "D.a.s.p.o. come di un'autentica misura di polizia".

3. In tema di criteri interpretativi generali, si richiama conforme indirizzo giurisprudenziale per il quale "nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente in modo chiaro ed univoco ad individuare il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non può ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario della ricerca della *mens legis*, specialmente se attraverso siffatto procedimento si possa pervenire al risultato di modificare la volontà della norma così come inequivocabilmente espressa dal legislatore (così: Cass. Civ., Sez. Lavoro, Sent. del 4 aprile 2017, n. 10831; Cass. Civ., Sez. III, Sent. del 15 luglio 2017, n.

*in virtù della quale, in presenza di norme imperative che dispongono misure restrittive delle primarie libertà personali (di espressione, di circolazione, ecc.), l'Autorità pubblica ne può disporre l'applicazione solo laddove la condotta dell'individuo sia idonea a danneggiare o a mettere concretamente ("adesso ed in futuro") in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma giuridica stessa.*

*Nel caso di specie, il bene giuridico tutelato dall'art. 6 della legge n. 401/1989 è rappresentato dalla sicurezza pubblica e dall'ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, dove l'adozione della misura di prevenzione (come il D.a.s.p.o) è da ritenersi giustificata solo laddove l'accertata condotta ("di violenza, di minaccia e di intimidazione") realmente aumenti il rischio di mettere in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica che, appunto, la norma giuridica vuole evitarne la concretizzazione.*

*Quindi a detta del T.A.R., tale preventivo vaglio di reale offensività della condotta del tifoso violento deve essere svolto dall'Autorità di Polizia al momento dell'applicazione del D.a.s.p.o., non potendo esserci alcun automatismo tra condotta violenta (anche se suscettibile di denuncia penale e sinanche di condanna) e applicazione della misura di prevenzione. Proprio perché il D.a.s.p.o. determina, di fatto, una coercizione della libertà personale dell'individuo, giustificabile soltanto una volta accertata (in maniera concreta) che il comportamento tenuto sia, secondo un giudizio di prognosi reale, idoneo a mettere ("adesso ed in futuro") in pericolo l'interesse primario dell'ordine pubblico.*

*Sembra, pertanto ed infine, che il T.A.R. di Pescara con la sentenza n. 297/2018 (anche richiamando un proprio conforme precedente: sentenza del T.A.R. Pescara n. 47/2018) abbia non soltanto fornito dell'art. 6 della legge n. 401/1989 "un'interpretazione ragionevolmente conforme" al dettato letterale della norma<sup>4</sup> stessa (laddove si riconosce al Questore una piena discrezionalità applicativa del D.a.s.p.o.<sup>5</sup>), quanto abbia, anche, cercato di ancorare l'applicabilità del D.a.s.p.o. a quelle*

10831; Cass. Civ., Sez. III, sent, del 15 luglio 2016, n. 14432; Cass. Civ., Sez. Lavoro, Sent. del 21 agosto 2013, n. 19357; Cass. Civ., Sez. I, Sent. del 6 aprile 2001, n. 5128).

4. *Cit.* in comma I, ultimo capoverso, dell'art. 6 della legge n. 401/1989: "Il Questore può disporre il D.a.s.p.o."

5. Rappresentate, appunto, dall'effettiva necessità di tutelare l'ordine pubblico, al fine di evitare ogni tipo di pericolo o minaccia ad esso.

*cautele sostanziali<sup>6</sup> che dovrebbero accompagnare ogni misura di prevenzione di polizia. Ancor di più laddove esse siano realmente idonee a limitare ("ed in maniera consistente") libertà e diritti costituzionali fondamentali dell'individuo.*

Pietro Cerceo

\*\*\*\*\*

T.a.r. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara (Sezione Prima) – Sentenza del 03.10.2018 n. 286 – Pres. Tramaglini – Est. Ianigro

**Urbanistica ed Edilizia – Improcedibilità del ricorso principale per ritiro dell'atto impugnato – Conseguente dichiarazione di improcedibilità del ricorso incidentale – Conversione del ricorso incidentale in autonoma azione di accertamento della legittimità della C.I.L.A. – Esclusione**

*Va dichiarata l'improcedibilità del ricorso principale proposto contro il provvedimento di sospensione dei lavori oggetto di C.I.L.A. per avere l'amministrazione ritirato l'atto impugnato in corso di causa. (1)*

*Analoga sorte tocca al ricorso incidentale che, essendo proposto per neutralizzare gli effetti dell'eventuale accoglimento del ricorso principale, diviene improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse se nel corso e a conclusione del giudizio il ricorso principale è respinto o dichiarato improcedibile. (2)*

*Va altresì esclusa la ricorrenza dei presupposti per la conversione del ricorso incidentale in autonoma azione di accertamento della legittimità della C.I.L.A., posto che deve ritenersi inammissibile un'azione di mero*

6. A chiusura, ed ancora, "sulle criticità di legalità costituzionale del D.a.s.p.o.", si segnala lo scritto di E. Lo Monte: "Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza sugli stadi: un calcio ai teppisti e due ai principi dello Stato di diritto", in Cassazione Penale, 2005, II, pagg. nn. 1466 e seguenti.

7. A chiusura, ed ancora, "sulle criticità di legalità costituzionale del D.a.s.p.o.", si segnala lo scritto di E. Lo Monte: "Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza sugli stadi: un calcio ai teppisti e due ai principi dello Stato di diritto", in Cassazione Penale, 2005, II, pagg. nn. 1466 e seguenti.

*accertamento (in materia di DIA, SCIA e CILA), poiché attraverso essa il terzo finirebbe per pretendere una tutela anticipata e sostitutiva rispetto all'annullamento del provvedimento espresso, come tale non rispondente ai criteri di ammissibilità tracciati dalla stessa giurisprudenza. (3)*

[*omissis*]

1. Con ricorso iscritto al n. 402/2017 la E. s.r.l.s., quale società che gestisce un'attività di somministrazione di alimenti e bevande in O. al corso V.E., sotto l'insegna "P. G.", impugnava, chiedendone l'annullamento, il provvedimento prot. n. 1330 del 24.11.2017 con cui il Suap dell'Associazione dei Comuni Chietino-Ortonese disponeva la sospensione dei lavori di cui alla Cila presentata per la realizzazione di una canna fumaria esterna a servizio della cucina del punto ristoro gestito dall'istante, deducendone l'illegittimità per violazione dell'art. 1102 c.c. laddove si richiedeva l'autorizzazione scritta dei proprietari delle altre unità immobiliari dello stabile di pertinenza, nonché per violazione dell'art. 27 commi I e III del d.P.R. n. 380/2001 non avendo l'amministrazione il potere di controllo sui requisiti di legittimazione civilistica all'esecuzione dell'intervento.

Per tali motivi concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese di giudizio.

Con ricorso incidentale notificato il 9.01.2018 i controinteressati M. M. e M. A. chiedevano l'accertamento della illegittimità della Cila presentata dalla società ricorrente in data 11.08.2017 sul presupposto che, oltre all'autorizzazione scritta degli altri proprietari dello stabile di via G., occorresse anche l'autorizzazione scritta del proprietario dell'immobile condotto in locazione dalla società istante, nonché perché la realizzazione della canna fumaria sarebbe in contrasto con l'art. 31 del regolamento edilizio comunale che vieta la sistemazione di tubi di scarico e canalizzazioni in genere esternamente alle murature delle facciate.

Concludeva quindi per il rigetto del ricorso principale poiché infondato nonché per l'accoglimento del ricorso incidentale al fine dell'accertamento dell'illegittimità della c.i.l.a.

Con memoria del 10.01.2018 si costituiva il Comune di Ortona esponendo che il Suap avrebbe condiviso la posizione dei controinteressati senza i dovuti approfondimenti istruttori ed ha ommesso di considerare l'intervenuta emissione di un'ordinanza sindacale n. 252 del 30.10.2017 avente

i caratteri della contingibilità ed urgenza con finalità di tutela della salute pubblica e dell'igiene dell'abitato circostante contro le immissioni di fumi e di odori provenienti dal locale "P. G." gestito dalla società ricorrente. Concludeva quindi per la sospensione degli effetti del provvedimento del Suap e, nel merito, per l'annullamento del provvedimento impugnato.

Con ordinanza n. 21 del 23.02.2018 veniva accolta la domanda di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 21.09.2018 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

2. Va dichiarata, come eccepito in atti, l'improcedibilità del ricorso principale proposto avverso il provvedimento oggetto di gravame di "sospensione inizio lavori Cila" in vista dell'archiviazione della pratica, di cui si dava comunicazione di avvio del procedimento, adottato dal Suap dell'Associazione Comuni Chietino-Ortonese. Nelle more del giudizio, infatti è venuta meno l'efficacia del provvedimento impugnato poiché, come documentato nella produzione depositata l'11.07.2018 da parte ricorrente, il Suap intimato, con atto prot. n. 461 del 3.05.2018, tenuto conto di quanto emerso nel corso del presente giudizio, ha disposto il ritiro della comunicazione prot. n. 1330 "dando atto e confermando l'esclusiva competenza del Comune di ogni eventuale e ulteriore verifica e/o controllo in merito alla fattispecie".

Ne consegue l'improcedibilità del ricorso principale per sopraggiunto difetto di interesse. Analoga sorte tocca al ricorso incidentale che, nel processo amministrativo, in quanto proposto per neutralizzare gli effetti dell'eventuale accoglimento del ricorso principale, diviene improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse se nel corso e a conclusione del giudizio il ricorso principale è respinto o dichiarato improcedibile. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 42 c.p.amm., per configurarsi un ricorso incidentale occorre che l'interesse fatto valere sorga "in dipendenza", nel senso che deve trattarsi di pretese che non sarebbe stato possibile far valere in via principale perché insuscettibili di produrre un'autonoma utilità.

Laddove si tratti di questioni suscettibili di essere fatte valere in via autonoma, o in via di accertamento, come invocato da parte ricorrente, esse fuoriescono dall'ambito di operatività del ricorso incidentale necessitando di essere dedotte con ricorso autonomo in una distinta controversia. In tal caso, laddove si faccia valere un interesse autonomo con il proposito non solo di paralizzare l'impugnazione ma di incidere sul bene

della vita di cui il ricorrente principale è portatore, al più potrebbe porsi un problema di conversione dell'azione posto che ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.amm. il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali, e, sussistendone i presupposti, può sempre disporre la conversione delle azioni.

Nella specie va esclusa la ricorrenza dei presupposti per la conversione del ricorso incidentale in autonoma azione di accertamento della legittimità della c.i.l.a. presentata dalla società ricorrente. Vanno al riguardo puntualizzati i limiti e le condizioni, sulla cui base è ammessa e riconosciuta la tutela del terzo a fronte di una denuncia di inizio attività.

Sull'argomento va richiamato, innanzitutto, il noto arresto giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 15 del 29.07.2011, nel pronunciarsi sulla natura della denuncia di inizio attività e sulle tecniche di tutela a disposizione del terzo leso dall'intervento edilizio eseguito con d.i.a. si è espressa nel senso che:

a) La denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo tacito, bensì un atto privato dell'avvio di un'attività che trova la sua legittimità direttamente nella legge. Dalla qualificazione del silenzio, opposto dall'Amministrazione sulla richiesta del terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata con la d.i.a., come provvedimento tacito, deriva che il terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata può tutelarsi facendo ricorso all'azione impugnatoria, ex art. 29 c.p.a., da proporre nell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni, che decorre solo dal momento della piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo (art. 41, comma 2, del codice), conoscenza che si acquisisce non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento, mentre nel caso in cui la piena conoscenza della presentazione della d.i.a. avvenga in uno stadio anteriore al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, il *dies a quo* coinciderà con il decorso del termine per l'adozione delle doverose misure interdittive.

b) Il terzo controinteressato può impugnare il silenzio significativo negativo dell'amministrazione formatosi in seguito al decorso del termine per esercitare il potere inibitorio nei confronti del denunciante oppure, nelle more dello spirare del termine per l'esercizio del potere inibitorio, può proporre azione di accertamento della insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività e, in tal modo, richiedere al giudice amministrativo un'immediata tutela cautelare.

c) Il codice del processo amministrativo, dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa;

d) Nell'intervallo temporale tra la presentazione della segnalazione certificata di inizio attività e lo spirare del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio il terzo può proporre davanti al giudice amministrativo un'azione di accertamento, al fine di ottenere misure cautelari; tale azione, decorso invano il termine per l'esercizio del potere inibitorio, si converte automaticamente in azione di annullamento del diniego tacito di adozione del provvedimento inibitorio.

Ciò posto, successivamente al deposito in data 29.07.2011 della predetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria, è intervenuto il d.l. 13 agosto 2011 n. 138 conv in l. n. 148 del 14.09.2011 che, nell'introdurre il comma 6 ter all'art. 19 della legge n. 241/1990, ha riconosciuto che la d.i.a. come la scia non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, stabilendo tuttavia, quanto alla tutela del terzo, che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire "esclusivamente" (con inciso inserito in sede di conversione in legge del d.l. cit.) l'azione di cui all'art. 31 commi 1, 2 e 3 del d.lgs. n. 104/2010.

Di qui consegue che il legislatore, pur avendo suggellato l'orientamento dell'Adunanza Plenaria sulla natura giuridica di atto privato della d.i.a. o s.c.i.a., si discosta da tale decisione quanto ai rimedi esperibili dal terzo controinteressato, il quale avrebbe a disposizione "solo" l'azione prevista dall'art. 31 c.p.a. per i casi di silenzio della P.A., restando espunta dall'ordinamento l'azione diretta di annullamento del provvedimento tacito di diniego dei provvedimenti inibitori, introdotta solo per via giurisprudenziale dal Consiglio di Stato, come anche l'azione di accertamento ritenuta esperibile prima dello spirare del termine per l'esercizio del potere inibitorio.

L'aver subordinato la tutela del terzo nei confronti di una d.i.a. o s.c.i.a. esclusivamente al rito del silenzio previo esperimento di un'istanza tesa a sollecitare l'esercizio dei poteri di verifica spettanti all'amministrazione è



stata interpretata in giurisprudenza come una forma di restringimento e limitazione delle prerogative di difesa riconosciute dalla giurisprudenza della Plenaria sulla cui base era ammissibile sia un'azione impugnatoria del provvedimento tacito di diniego di inibitoria, sia, in via anticipata, un'azione diretta di accertamento nella fase anteriore lo spirare del termine assegnato per l'esercizio dei poteri inibitori. Ciò a fronte di un'esigenza di tutela resa ancor più pregnante dalla circostanza che, sempre con le modifiche apportate dal d.l. 138/2011, era stato eliminato il termine di trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione per intraprendere l'attività oggetto di denuncia, stabilendosi, al comma 2 dell'art. 19 cit., che l'attività poteva essere iniziata dalla data di della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente. In tal modo il legislatore, richiedendo al terzo il previo sollecito dell'esercizio delle verifiche di sua competenza, e solo in caso di inerzia, l'esperimento dell'azione avverso il silenzio, e precludendogli l'esperimento dell'azione di accertamento, lo pone nella condizione di poter intraprendere un'azione giudiziale solo quando l'attività è stata già intrapresa e l'eventuale illegittimità si è già perpetrata se non definitivamente perfezionata e portata a termine.

Di qui una parte della giurisprudenza, facendo leva sulle correzioni ed integrazioni del Codice del processo amministrativo introdotte da ultimo dal d.lgs. 15 novembre 2011, entrato in vigore il 9 dicembre 2011, che all'art. 31 comma 1, dopo le parole "decorso i termini per la conclusione del procedimento amministrativo", introduce la frase "e negli altri casi previsti dalla legge", ha sostenuto che tale riferimento consente di prescindere dal decorso dei termini per la conclusione del procedimento, e consentirebbe di agire nei confronti del silenzio della P.A. mantenuto dopo la presentazione della S.C.I.A. o della D.I.A., ben prima della scadenza del termine finale assegnato all'amministrazione per l'esercizio del potere repressivo o modificativo, e sin da quando la S.C.I.A. o la D.I.A. vengano presentate e il terzo venga a conoscenza della loro utilizzazione. In tal caso si profilerebbe un'azione diretta all'accertamento dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di denuncia con i conseguenti effetti conformativi sui provvedimenti di competenza dell'autorità amministrativa. Ciò con l'obiettivo di assicurare una tutela integrale delle aspettative qualificate dei terzi interessati, anche in mancanza di una previsione legislativa espressa laddove si sia in presenza dell'unico rimedio esperibile per assicura-

re una piena, immediata ed adeguata tutela. (cfr. t.a.r. Veneto, sez. II, 5.03.2012, n. 298; t.a.r. Lazio sez. II bis, 18.07.2012 n. 5664).

In linea quindi con l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria si è escluso che il privato che si ritenga leso da lavori effettuati sulla base di una d.i.a. o di una s.c.i.a. debba necessariamente attivare il procedimento per la formazione del silenzio rifiuto sull'istanza volta a sollecitare l'esercizio dei poteri di verifica, ben potendo direttamente impugnare il silenzio sull'esercizio dei poteri inibitori sulla dichiarazione presentata. (Cons. St. IV, 26 luglio 2012 n. 4255).

In senso contrario si osserva che, a legislazione vigente, deve ritenersi inammissibile un'azione di mero accertamento, poiché attraverso essa il terzo finirebbe per pretendere una tutela anticipata e sostitutiva rispetto all'annullamento del provvedimento espresso, come tale non rispondente ai criteri di ammissibilità tracciati dalla stessa giurisprudenza. (cfr. Cons. St. sez. VI 5.05.2015 n.3891 nel senso che gli interessati possono esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31 c.p.a.).

In definitiva alla luce di quanto esposto e visto l'esito del giudizio ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

[omissis]

dichiara l'improcedibilità del ricorso principale e del ricorso incidentale.

[omissis]

#### NOTA (1) (2) (3)

##### *Premessa*

*La pronuncia in esame, nel dirimere una controversia in materia edilizia, affronta due importanti questioni di carattere processuale amministrativo: la prima relativa al rapporto intercorrente tra il ricorso principale e quello incidentale e, in particolare, quale sorte spetti a quest'ultimo in caso di dichiarazione di inammissibilità del primo; la seconda questione, invece, riguarda l'ammissibilità o meno dell'azione di accertamento proposta dal terzo controinteressato diretta ad accertare l'insussistenza dei presupposti che legittimano le attività richieste con la C.i.l.a. (come anche della d.i.a. o s.c.i.a.).*

*I) Rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale. Dichiarazione di improcedibilità 'a cascata'.*

*In ordine alla prima problematica il Collegio pescarese ha ritenuto che, a seguito dell'intervenuta improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuto difetto di interesse, analoga sorte spetta anche al ricorso incidentale promosso dal terzo controinteressato e volto a richiedere l'accertamento dell'illegittimità della CILA presentata dal ricorrente principale.*

*Ciò in quanto, nel processo amministrativo, lo strumento del ricorso incidentale è previsto con il precipuo fine di neutralizzare gli effetti dell'eventuale accoglimento del ricorso principale.*

*Pertanto, se nel corso e a conclusione del giudizio, il ricorso principale è respinto o dichiarato improcedibile non può che derivarne l'improcedibilità 'a cascata' del ricorso proposto in via incidentale.*

*Ciò sulla scorta di quanto affermato dall'art. 42, comma 1, del Codice del Processo Amministrativo (d.lgs. 104/10), secondo il quale "i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale"; deve, cioè, trattarsi di pretese che non sarebbe stato possibile far valere in via principale perché insuscettibili di produrre un'autonoma utilità.*

*Secondo il Collegio, dunque, laddove si tratti di questioni suscettibili di essere fatte valere in via autonoma, o in via di accertamento (come nel caso di specie), esse esorbitano dalla sfera di competenza del ricorso incidentale, necessitando, invece, di essere trattate in una distinta controversia e con ricorso autonomo.*

*Residua, tuttavia, la possibilità di una conversione dell'azione ai sensi dell'art. 32, comma 2, del Codice del Processo Amministrativo (ai sensi del quale 'sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni') che nel caso di specie non è stata presa in considerazione dal Collegio giudicante, avendo ritenuto insussistenti i presupposti alla luce dell'inammissibilità del tipo di azione instaurata dal terzo controinteressato (azione di accertamento della legittimità della c.i.l.a. presentata dalla società ricorrente).*

*II) Ammissibilità nel processo amministrativo dell'azione di accertamento del terzo controinteressato in materia di c.i.l.a., d.i.a. e s.c.i.a.*

*Proprio sulla scorta di tale ultimo assunto si innesta la seconda problematica affrontata dal Collegio nella pronuncia in esame, riguardante*

*l'ammissibilità, nel processo amministrativo, dell'azione di accertamento esperita dal terzo controinteressato e volta a far dichiarare l'illegittimità di una C.I.L.A. (o di una D.I.A. o S.C.I.A.) presentata da un privato.*

*In materia due sono i passaggi fondamentali posti a base della decisione del t.a.r. di Pescara: la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 15/2011 ed il successivo intervento del legislatore con l'introduzione del comma 6-ter all'art. 19 della legge n. 241/90.*

*In effetti, intervenendo sul contrasto sorto in ordine alla natura giuridica della SCIA (e dunque anche della CILA), quale provvedimento amministrativo tacito oppure quale atto privato sottoposto a controllo dell'amministrazione<sup>8</sup>; l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 15 del 2011, ha chiarito che 'la denuncia di inizio attività [ora SCIA] non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge'.*

*Premesso ciò, si è posto l'ulteriore problema della possibilità per il terzo di agire in giudizio nello spazio temporis che separa il momento in cui la DIA produce effetti legittimanti dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio, al fine di ottenere una pronuncia che impedisca l'inizio o la prosecuzione, con effetti anche irrimediabilmente lesivi dell'attività dichiarata. Ebbene, secondo l'A.P., non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio rifiuto, 'l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa'.*

*A seguito dell'Adunanza Plenaria citata è, tuttavia, intervenuto il legislatore con l'introduzione del comma 6-ter all'art. 19 della l. 241/90 (ad opera dell'art. 6 del d.l. 138/2011 convertito in legge 148/2011), chiarendo espressamente che: 'La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono*

8. Che ovviamente conduce a conclusioni diametralmente opposte sul punto dei rimedi esperibili da parte del terzo, in quanto la qualificazione giuridica dell'istituto condiziona l'accesso alle tecniche di tutela della posizione del terzo pregiudicato.

*provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104'.*

*Ebbene, proprio facendo leva su tale ultima disposizione, il Collegio pescarese ha ritenuto di fare proprio tale principio nella sua più rigida interpretazione, affermando che deve ritenersi inammissibile un'azione di mero accertamento, poiché attraverso essa il terzo finirebbe per pretendere una tutela anticipata e sostitutiva rispetto all'annullamento del provvedimento espresso, come tale non rispondente ai criteri di ammissibilità tracciati dalla stessa giurisprudenza. (cfr Cons. St. sez. VI 5.05.2015 n.3891 nel senso che gli interessati possono esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31 c.p.a.).*

*Va, tuttavia, segnalato un differente orientamento giurisprudenziale che giunge a conclusioni esattamente opposte e che mitiga tale rigido principio.*

*Nonostante l'introduzione della sopra citata norma, infatti, parte della giurisprudenza ha voluto evitare che una tale previsione potesse irrimediabilmente comprimere gli interessi del terzo, continuando a sostenere (con orientamento diffuso e costante) l'ammissibilità dell'azione di accertamento dell'illegittimità della SCIA (e della CILA): 'la denuncia di inizio attività è un atto soggettivamente e oggettivamente privato, alla cui presentazione può seguire da parte della P.A. un silenzio di tipo significativo che produce l'effetto di precludere all'Amministrazione l'esercizio del potere inibitorio (ad. plen. Sent. 29 febbraio 2011 n. 15). La stessa giurisprudenza, in relazione agli effetti eventualmente lesivi delle posizioni giuridiche dei terzi prodotti dalla dichiarazione di inizio attività, ha ammesso la tutela dei controinteressati (Cons. Stato ad. plen. N. 15/2011 già citata; Cons. Stato sez. IV 15.12.2011 n. 6614) configurando uno strumento di tutela che sia compatibile con la natura privatistica della D.I.A. costituito, in particolare, da un'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire per veder acclarata l'insussistenza dei presupposti che legittimano lo svolgimento dell'attività sulla scorta di una semplice denuncia, ai sensi dell'art. 31 commi 1,2 e 3 del d.lgs. n. 104/2010' (Consiglio di Stato, sez. IV, 12.11.2015, n. 5161; orientamento, peraltro, più di recente fatto proprio anche da Consiglio di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 839;*

t.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 17 febbraio 2016, n. 203, t.a.r. Brescia, Lombardia, sez. I, 09.01.2017<sup>9</sup>).

Luigi Zappacosta

\*\*\*\*\*

T.a.r. Abruzzo – L’Aquila sentenza n. 302 del 16.7.2018. Pres. Amicuzzi – Est. Di Cesare.

**Provvedimento di informativa interdittiva antimafia emesso ai sensi degli art. 84, co. 3 e 91, co. 6 del d.lgs. 159/11 – Accertamento dei presupposti ed elementi sintomatici per individuare il tentativo di ingerenza della malavita organizzata nell’attività imprenditoriale – Verifica di un quadro indiziario che consenta di individuare la possibilità oppure il rischio di ingerenza in attività di impresa**

*Il provvedimento di informativa antimafia ha natura di tutela preventiva e quindi non occorre una prova penalmente rilevante di associazione mafiosa. (1)*

*Per tale ragione anche una sentenza di proscioglimento può contribuire a completare il quadro indiziario di legami, coinvolgimenti e collegamenti diretti ed indiretti con esponenti di cosche mafiose. (2)*

9. Ove si è affermato che: ‘l’art. 6, comma 1, lett. c) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, ha modificato l’art. 19 della legge n. 241 del 1990, introducendo il comma 6 ter il quale prevede che la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, per cui gli interessati possono tutelarsi sollecitando l’esercizio delle verifiche spettanti all’amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l’azione di cui all’art. 31, commi 1, 2 e 3 del CPA. Dunque, in base a tale previsione normativa, che si applica, razione temporis, al giudizio in esame, si è precisato che la DIA è un atto soggettivamente e oggettivamente privato, alla cui presentazione può seguire da parte della P.A. un silenzio di tipo significativo che, una volta decorso il relativo termine, le preclude l’esercizio del potere inhibitorio. Lo strumento di tutela, compatibile con la natura privatistica della D.I.A., è costituito da un’azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire per veder acclarata l’insussistenza dei presupposti che legittimano lo svolgimento dell’attività contestata (Consiglio di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 839; t.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 17 febbraio 2016, n. 203)’ (t.a.r. Brescia, Lombardia, sez. I, 09.01.2017, n. 28 ma anche, *ex multis*, t.a.r. Parma, Emilia-Romagna, sez. I, 11.03.2016, n. 82 e t.a.r. Bologna, Emilia-Romagna, sez. II, 17.02.2016, n. 203).

*Qualora pertanto gli elementi acquisiti e valutati dall'Autorità emanante, nella loro pluralità ed univocità, consentano di individuare l'attualità di un rischio di infiltrazioni mafiose, il provvedimento di interdizione si palesa immune da censure. (3)*

[omissis]

1. Con ricorso ritualmente notificato, la [omissis], in persona del legale rappresentante pro-tempore [omissis], impugna, chiedendone l'annullamento, il provvedimento del Prefetto dell'Aquila n.[omissis] del [omissis], recante informativa interdittiva antimafia adottata ai sensi degli art. 84 e 91 del d.lgs. n. 159 del 2011.

A fondamento del proprio gravame, la società ricorrente deduce violazione degli art. 84, 91 e 93 del d.lgs. n. 159 del 2011, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione e istruttoria ed errore nei presupposti, violazione del principio di proporzionalità ed ingiustizia manifesta.

Si costituiva in giudizio, l'Amministrazione resistente, deducendo l'infondatezza del ricorso.

2. Con ordinanza n. 129/2017 la domanda cautelare è stata accolta, "in relazione all'omessa verifica di elementi attuali sintomatici dell'esistenza di rapporti tra [omissis] e la cosca calabrese".

3. Alla pubblica udienza del 7 giugno 2018 la causa è stata trattata in decisione.

4. Con un unico articolato motivo di gravame parte ricorrente deduce l'illegittimità dell'interdittiva antimafia impugnata per violazione degli art. 84, 91 e 93 del d.lgs. n. 159 del 2011, nonché eccesso di potere sotto vari profili.

Secondo la società ricorrente l'interdittiva sarebbe fondata esclusivamente sugli atti dell'indagine del procedimento penale "[omissis]" e dell'ordinanza di custodia cautelare del G.I.P. presso il Tribunale dell'Aquila del 2011 a carico di [omissis] (proprietario del 2 % delle quote societarie dell'[omissis], e figlio di [omissis] amministratore unico e proprietaria del 98 % delle quote della medesima società) per contiguità alla criminalità organizzata di tipo mafioso, essendo stato ipotizzato che, per mezzo di due società poi estinte ([omissis], di cui era amministratore) avesse fornito copertura e base logistica alla cosca calabrese "[omissis]".

Inoltre – sostengono i ricorrenti – l’ampia discrezionalità del Prefetto trova un limite nella necessità che la prova per presunzioni sia fondata su elementi plurimi, seri e concreti, che depongano per un qualificato sospetto dell’esistenza, nell’attualità, di un tentativo di infiltrazione nelle società oggetto di scrutinio. Invece, l’informativa impugnata non è suffragata da elementi indice di attualità e concretezza del rischio di infiltrazione mafiosa e tale circostanza è confermata dalla successiva sentenza del giudice penale di assoluzione di [omissis] dai reati per i quali era stato imputato all’esito del procedimento penale c.d. “[omissis]”. Invece, nella specie, il Prefetto si sarebbe basato: sulla ormai superata ordinanza di custodia cautelare; sulla parentela dell’Amministratore della [omissis]. con [omissis], senza accertare la concreta ingerenza di [omissis] nell’amministrazione della società stessa. Non avrebbe, invece, svolto alcuna indagine circa l’esistenza, nell’attualità, di rapporti tra [omissis] e la cosca, poi esclusi dalla sentenza di assoluzione.

L’istruttoria del Prefetto sarebbe lacunosa ed avrebbe decretato la fine di un’azienda mai sospettata di aver avuto rapporti con la criminalità organizzata.

5. Il ricorso è infondato e, pertanto, va rigettato.

Il “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione”, pone in essere una normativa volta a prevenire o comunque impedire i rapporti contrattuali con la P.A. di società, formalmente estranee ma, direttamente o indirettamente collegate, o comunque infiltrate, dalla criminalità organizzata. In tale direzione la normativa individua una serie di elementi rivelatori del rischio di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale dell’impresa, come indicati a titolo esemplificativo dall’art. 84, comma 4, del d.lgs 159/2011.

Secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 04-04-2018, n. 2091) i seguenti elementi sono sintomatici del rischio di infiltrazione mafiosa:

- misure cautelari o condanne, anche non definitive e provvedimenti sfavorevoli del giudice penale per uno dei delitti-spia previsti dall’art. 84 comma 4 lett. a), cit. d.lgs. n. 159 del 2011 a carico dei titolari, soci, amministratori, di fatto e di diritto, direttori generali dell’impresa;
- sentenze di proscioglimento o di assoluzione per le predette fattispecie; proposta o provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dal d.lgs. n. 159 del 2011;



- rapporti di parentela con appartenenti alla malavita organizzata;
- contatti o rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia con malavitosi;
- vicende anomale nella formale struttura o nella concreta gestione dell'impresa;
- condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi benefici;
- inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

Anche questo t.a.r., con la sentenza n. 13/2018 ha avuto modo di occuparsi della questione di legittimità di un'interdittiva antimafia e, uniformandosi alla giurisprudenza in materia (cfr. tra le tante: Cons. Stato, n. 1743 e n. 1328 del 2016; t.a.r. Piemonte, n. 574 del 2016; t.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, n. 355 del 2016; t.a.r. Campania, Napoli, n. 1179 del 2016; nonché, con riferimento alla precedente disciplina dettata dagli art. 4 del d.lgs. n. 490/1994 e 10 del d.P.R. n. 252 del 1998: Cons. Stato, n. 5130 del 2011; t.a.r. Campania, Napoli, n. 18714 del 2005; Tar Calabria, Catanzaro, n. 479 del 2010; Tar Sicilia Catania n. 2984 del 2011; Tar Campania, Napoli, n. 50 del 2012), ha precisato i tratti caratterizzanti l'istituto dell'informativa prefettizia, di cui agli art. 84, commi 3 e 4, e 91 del d.lgs. n. 159 del 2011, definendola una tipica misura cautelare di polizia, preventiva e interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale e che prescinde dall'accertamento in sede penale di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso.

In particolare, questo t.a.r. con la sentenza n. 13/2018 ha ribadito i seguenti principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in materia:

a) l'informativa antimafia inerisce ad un ambito diverso rispetto all'accertamento penale, in quanto non mira all'affermazione di responsabilità, ma si concretizza come la forma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, inerente alla funzione di polizia e di sicurezza, rispetto alla quale assumono rilievo fatti e vicende solo sintomatici ed indiziari: dunque, il provvedimento giurisdizionale e quello amministrativo si collocano su differenti ed autonomi piani"; ne consegue che le informative del Prefetto in merito alla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, rese ai sensi degli art. 84

e 91 del d.lgs. n. 159 del 2011, non devono fornire né la prova di fatti di reato, né la prova dell'effettiva infiltrazione mafiosa nell'impresa, né la prova del reale condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di associazioni o soggetti mafiosi, ma devono dimostrare la sussistenza di elementi dai quali [omissis] deducibile il tentativo di ingerenza (cfr.: Cons. Stato, n. 1743 del 2016; Cons. Stato, n. 405 del 2011; t.a.r. Piemonte, n. 574 del 2016; t.a.r. Campania, Napoli, n. 107 del 2016 e n. 19691 del 2007);

b) è sufficiente, quindi, il "tentativo di infiltrazione" avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è in concreto realizzato (cfr. Cons. Stato, n. 1328 del 2016; Cons. Stato n. 510 del 2009; Cons. Stato, n. 2796 del 2005); scelta coerente con le caratteristiche fattuali e sociologiche del fenomeno mafioso, che non necessariamente si concreta in fatti univocamente illeciti, potendo fermarsi alla soglia dell'intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente di attività economiche formalmente lecite (Cons. Stato, n. 1328 del 2016; Tar Campania, Napoli, n. 50 del 2012); dunque, nell'ottica del legislatore le informative prefettizie rappresentano una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa a fronte di possibili ingerenze criminali nella propria attività (ex multis: Cons. Stato, n. 1328 del 2016; Cons. Stato, n. 5130 del 2011; Cons. Stato, n. 2867 del 2006): ciò comporta, sotto il profilo del grado di approfondimento probatorio necessario alla loro adozione, che può ben darsi rilievo ad elementi che costituiscono solo indizi – che comunque non devono costituire semplici sospetti o congetture privi di riscontri fattuali – del rischio di coinvolgimento associativo con la criminalità organizzata delle imprese che intrattengono rapporti con la P.A. (ex plurimis: Cons. Stato, n. 5096 del 2007);

c) l'interdittiva antimafia costituisce lo strumento di massima anticipazione della soglia di tutela di primari interessi pubblici, come risposta dello Stato al crimine organizzato e pertanto non è necessario, a giustificazione della sua adozione, un grado di evidenza probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo mafioso, essendo al contrario sufficiente che, all'esito dell'istruttoria, emergano elementi indiziari i quali, complessivamente considerati, lascino presumere o inducano a ritenere «non improbabile» ovvero «più probabile che non» il rischio di coinvolgi-

mento associativo con la criminalità organizzata da parte dell'impresa «attenzione». In altri termini, deve prescindersi dall'accertamento in sede penale di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso e non richiedersi neppure la prova di fatti di reato, dell'effettiva infiltrazione mafiosa nell'impresa e del reale condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di associazioni o soggetti mafiosi. Ai fini della sua adozione è, invece, sufficiente un compiuto quadro fattuale ed indiziario di un tentativo di infiltrazione avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è in concreto realizzato" (t.a.r. L'Aquila, sentenza n. 13/2018, che richiama: Cons. Stato, n. 1328 e n. 691 del 2016);

d) con riferimento agli elementi di fatto idonei a sorreggere l'impianto probatorio delle informative de quibus, il Prefetto, anziché limitarsi a riscontrare la sussistenza di specifici elementi (come avviene per gli accertamenti eseguiti ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f) del d.lgs. n. 159 del 2011), deve effettuare la propria valutazione sulla scorta di uno specifico quadro indiziario, ove assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza che i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possano rappresentare un veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali nelle funzioni della pubblica amministrazione. Pertanto, si può ravvisare l'emergenza di tentativi di infiltrazione mafiosa in fatti in sé e per sé privi dell'assoluta certezza – quali una condanna non irrevocabile, l'irrogazione di misure cautelari, il coinvolgimento in un'indagine penale, collegamenti parentali, cointeressenze societarie e/o frequentazioni con soggetti malavitosi, dichiarazioni di pentiti – ma che, nel loro insieme, siano tali da fondare un giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata per la presenza, nei centri decisionali, di soggetti legati ad organizzazioni mafiose (cfr. Cons. Stato, n. 1743 e n. 444 del 2016; C.G.A. Sicilia, n. 1129 del 2009; Cons. Stato, n. 4737 del 2006; Cons. Stato, n. 5247 del 2005; Tar Campania, Napoli, n. 103 del 2016 e n. 50 del 2012; Tar Calabria, Catanzaro, n. 479 del 2010; Tar Lazio, Roma, n. 10892 del 2005);

e) con riferimento alla scelta discrezionale dell'Autorità Prefettizia, la valutazione del pericolo di infiltrazioni mafiose è connotata, per la specifica natura del giudizio formulato, dall'utilizzo di peculiari cognizioni

di tecnica investigativa e poliziesca, che esclude la possibilità per il giudice amministrativo di svolgere un sindacato pieno e assoluto sugli esiti della stessa, ma non impedisce ad esso di rilevare se i fatti riferiti dal Prefetto configurino o meno la fattispecie prevista dalla norma e di formulare un giudizio di logicità e congruità con riguardo sia alle informazioni assunte, sia alle valutazioni che il Prefetto ne abbia tratto (Cons. Stato, n. 5130 del 2011; Cons. Stato, n. 2783 del 2004; Cons. Stato n. 4135 del 2006; Tar Calabria, Catanzaro, n. 1520 del 2008);

f) quanto alla cognizione del giudice amministrativo, l'ampia discrezionalità di apprezzamento del Prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta, che la valutazione prefettizia è sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità, solo sotto il profilo di logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati (Cons. Stato n. 7260 del 2010), irragionevolezza e travisamento dei fatti (Cons. Stato, n. 1328 del 2016 e n. 4527 del 2014; t.a.r. Campania, Napoli, n. 5297 del 2015); peraltro, l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, assunti a base del provvedimento (in termini Cons. Stato, n. 4724 del 2001) esula dal sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia, sindacato che non va parcellizzato nella disamina di ogni singolo elemento di fatto preso in considerazione dall'Amministrazione come sintomatico del pericolo di infiltrazione mafiosa, non venendo in rilievo, nel caso, la necessità di accertare singole e individuate responsabilità come invece necessariamente avviene nel processo penale, ma piuttosto l'esigenza, prevalente rispetto ad altre pur connesse ad interessi a rilievo costituzionale (come la libertà di iniziativa economica e la libertà di impresa), di porre un argine significativamente preventivo al pernicioso fenomeno del condizionamento mafioso dell'attività economica del paese (Tar Campania, Napoli, n. 1179 del 2016).

6. Tanto premesso, in applicazione dei richiamati principi giurisprudenziali e alla luce di una più approfondita delibazione, propria della sede di merito, deve essere disattesa la tesi della società ricorrente volta ad evidenziare la violazione di legge, la carenza di istruttoria e di motivazione da cui sarebbe inficiata la gravata informativa prefettizia.

L'autorità prefettizia, dopo aver esaminato la struttura societaria ed avere appurato che [omissis] è socio (al 2%) della [omissis], e figlio dell'Amministratore unico e socio maggioritario (98 %) della stessa

società fonda l'impugnata misura interdittiva sui seguenti concreti elementi indiziari:

– sequestro preventivo di beni aziendali ai sensi dell'art. 32 c.p.p. disposto con Decreto del G.I.P. del Tribunale di L'Aquila in data [omissis] nell'ambito dell'indagine concernente infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività di ricostruzione post-sisma;

– diretto coinvolgimento di [omissis] [omissis], nel 2011, nell'ambito del procedimento penale n. [omissis] c.d. “[omissis]” della Procura presso il Tribunale dell'Aquila; il sig. [omissis] era arrestato dalla Questura dell'Aquila in data [omissis], in quanto, unitamente ad altre cinque persone tra cui [omissis] (di cui [omissis] era socio al 50 % nella [omissis] s.r.l.) per aver fornito copertura e base logistica alla cosca della ndrangheta “[omissis]”, per mezzo della “[omissis]” e della ditta individuale [omissis] di [omissis];

– [omissis] (di cui [omissis] era socio al 50 % nella [omissis] s.r.l.), già gravato da precedenti penali di polizia, risultava denunciato e tratto in arresto dalla Squadra Mobile della Questura di Reggio Calabria, nell'ambito dell'operazione “[omissis]” eseguita nei confronti della cosca “[omissis]”, per violazione degli art. 416 bis, 629, 610, 424 e 635 c.p.; lo stesso [omissis], su proposta del Questore di Reggio Calabria formulata ai sensi dell'art. 4 capo A del d.lgs. 159/2011, era stato sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di P.S. con obbligo di soggiorno nel comune di residenza;

– [omissis], sempre nell'ambito del sopra citato procedimento penale, nel 2001 era sottoposto a misura cautelare detentiva in carcere (successivamente sostituita nel 2012 dagli arresti domiciliari ed infine dall'obbligo di presentazione alla P.G.);

– [omissis] era pure oggetto di segnalazione dei carabinieri per violazione dell'art. 73, d.P.R. 309/90 (illeciti in materia di stupefacenti) ed in relazione al reato di cui all'art. 648 bis c.p. (riciclaggio);

– provvedimenti di rinvio a giudizio disposti nei confronti di [omissis] sia per il reato di cui all'art. 73, d.P.R. 309/90 sia per il reato di cui all'art. 416 bis c.p. (associazione di tipo mafioso) in concorso con esponenti della cosca calabrese “[omissis]”

– informativa di reato del 21 febbraio 2011 redatta a seguito di un'indagine della squadra mobile della Questura dell'Aquila, dalla quale emerge che:

i) intestazione fittizia ad altri, effettuata da [omissis] e [omissis] (esponente della sopra citata cosca calabrese), della gestione di due autosaloni ([omissis] era in realtà titolare;

– dal rilievo che «l'infiltrazione mafiosa nelle attività produttive [omissis] stata possibile dalla presenza a L'Aquila di fidati referenti o per meglio definirli affiliati personaggi, come i [omissis], originari di Reggio Calabria ed abitanti o con interessi a L'Aquila: con l'apporto di [omissis] commercialista che ha rilevato il 50% della "[omissis]", anche lui reggino, una specie di "rappresentante legale" di [omissis], che conosce benissimo sia [omissis] che altri imprenditori aquilani ed abruzzesi».

Gli elementi sopra indicati sono stati ritenuti dal Prefetto – con valutazione immune dai censurati vizi di manifesta irragionevolezza, difetto dei presupposti e di istruttoria – sintomatici di un tentativo di ingerenza della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale della [omissis], amministrata dalla madre di [omissis] e di cui lo stesso [omissis] è socio.

La qualità di socio ed il legame filiale con il socio di maggioranza ed amministratore della società ricorrente, nonché le cointeressenze, collegamenti e legami del [omissis] con soggetti contigui alla cosca calabrese "[omissis]" hanno indotto più che ragionevolmente il Prefetto a presumere che società ricorrente fosse soggetta a rischio di infiltrazione ed inquinamento mafioso.

Né rileva, ai fini della valutazione dell'attualità del rischio di infiltrazione mafiosa, la sentenza di proscioglimento del [omissis] dal reato di associazione mafiosa.

Se è vero che in data [omissis] [omissis] era prosciolto dal reato ascritto nel procedimento penale sopra citato relativo all'accusa di aver fornito presso le sedi della proprie società a L'Aquila la base logistica in favore di esponenti della criminalità organizzata è altresì vero che, alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, anche una sentenza di proscioglimento può contribuire a completare il quadro indiziario di legami, coinvolgimenti e collegamenti diretti ed indiretti con esponenti di cosche malavitose.

Orbene, alla luce dei principi sopra enunciati e nell'ottica della tutela preventiva avanzata esperibile in materia di informativa antimafia, ritiene il Collegio che, nella fattispecie in esame, gli elementi acquisiti

e valutati dalla Prefettura dell'Aquila, nella loro pluralità e univocità, integrano un quadro indiziario sufficiente a non far ritenere la nota prefettizia inficiata dalle denunce illegittimità.

L'insieme degli elementi e circostanze descritti, nel loro complesso, fornisce obiettivo fondamento al giudizio di possibilità ovvero del rischio che l'attività di impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata.

Il ricorso pertanto, in quanto infondato, va rigettato.

7. La natura e la delicatezza delle questioni trattate integrano le gravi ed eccezionali ragioni per disporre la compensazione delle spese e degli onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i soggetti privati citati in ricorso.

\*\*\*\*\*

T.a.r. Abruzzo, L'Aquila – Sentenza del 3 luglio 2018 n. 284 – Pres. Amicuzzi – Est. Di Cesare.

**Controversie in materia di concessione di servizi pubblici – In caso di fallimento del concessionario – Sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva – Contratti di concessione di servizi pubblici – Applicabilità dell'art. 81 l.f.**

*La giurisdizione del Tribunale fallimentare non si estende alle questioni concernenti l'efficacia dei contratti di gestione di servizi pubblici locali, relativamente alle quali è riconosciuta, dall'art. 133, comma 1,*

*lett. c, del c.p.a., la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In altri termini, la procedura fallimentare non attrae nel suo ambito la definizione delle controversie in materia di concessione di servizi pubblici, le quali restano devolute in via esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo. (1)*

*Al contratto di concessione di servizi pubblici deve ritenersi applicabile, per analogia, l'art. 81 l.f. ("contratto di appalto"), atteso che sia l'appalto sia la concessione del servizio pubblico hanno, come comune denominatore, l'affidamento all'esterno di un servizio pubblico. (2)*

[omissis]

Il C. S. A. con il ricorso in epigrafe afferma di essere aggiudicataria del servizio per la gestione del Polo Tecnologico, comprensivo di una discarica intercomunale, sito in N., località C. G. L'aggiudicazione avveniva all'esito della gara pubblica, indetta dalla C. S.p.a. (d'ora in avanti anche C.), società partecipata dai Comuni di Bellante, Giulianova, Morro d'Oro, Mosciano Sant'Angelo, Notaresco e Roseto degli Abruzzi, con bando del 22 marzo 2013, per l'affidamento della "concessione di servizi di gestione della nuova discarica intercomunale sita a Notaresco (TE), località Casette di Grasciano, compresa la progettazione definitiva ed esecutiva, nonché la realizzazione delle opere annesse per la messa in opera".

Nell'imminenza della scadenza del termine di completamento dei lavori e di consegna della discarica alla odierna ricorrente (fissato alla data del 15 novembre 2015) la C. spa è stata dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Teramo n. 100/2015 del 10 settembre 2015.

L'odierna ricorrente afferma di aver presentato presso il Tribunale di Teramo istanza di ammissione al passivo del fallimento, con la quale, oltre a rivendicare il diritto alla prosecuzione dei rapporti concessori, ha chiesto il riconoscimento di tutti i crediti maturati sino alla data del fallimento, ivi inclusi i costi sostenuti in esecuzione del piano economico finanziario dei rapporti concessori in essere.

Precisa inoltre CSA che, nonostante il rapporto concessorio in essere con la C., l'invaso non le è mai stato consegnato né si è mai proceduto alla voltura in capo alla stessa società delle AIA riferite all'esercizio del polo impiantisco; l'impianto è stato infatti gestito sulla base di mere "autorizzazioni" rilasciate dal Tribunale di Teramo su richiesta della curatela fallimentare e prorogate trimestralmente.



Con decreto del 28.7.2017, emesso dal Tribunale di Teramo nell'ambito della procedura fallimentare della C., era disposta l'omologazione del concordato fallimentare in favore di D. spa (d'ora in avanti D.) preferita dal Tribunale alle altre due società (Di. srl e C. CSA s.c. a r.l.), le quali, del pari, avevano presentato proposta di concordato fallimentare.

Avverso tale decreto di omologa CSA ha proposto reclamo dinanzi alla Corte d'Appello di L'Aquila, la quale con decreto 16 aprile 2018, n. 376 ha respinto il reclamo.

Dopo il decreto di omologa del concordato da parte del Tribunale di Teramo, poiché non era rinnovata l'autorizzazione a CSA per la gestione del polo, la stessa, ferma restando la piena rivendicazione del rapporto concessorio in essere, rappresentava ai curatori fallimentari l'obiettiva impossibilità di procedere all'immediato rilascio dell'impianto, "pena un evidente compromissione dell'interesse sotteso al servizio pubblico del ciclo integrato dei rifiuti, peraltro in assenza di tempi certi per l'espletamento di tutte le necessarie attività funzionali al passaggio di consegne a D. S.p.a. e di qualsivoglia determinazione circa la sorte degli impianti ivi presenti e la definizione dei relativi oneri economici" (pag. 7 del ricorso).

Con nota 6 settembre 2017 il Fallimento C. S.p.a., in persona dei curatori fallimentari, ritenuta sussistere "una situazione di detenzione sine titolo del polo, stante l'intervenuto scioglimento di ogni rapporto per effetto della declaratoria di fallimento e la scadenza del termine (31.7.2017) di cui all'autorizzazione resa dal GD con decreto 2.05.2017", ha intimato al ricorrente "di completare entro brevissimo termine, inderogabilmente al massimo entro il prossimo 30.09, tutte le operazioni di esclusiva spettanza di Codesto Consorzio CSA (smaltimento rifiuti, ecc.) e a provvedere, nel medesimo brevissimo termine, alla riconsegna del polo impiantistico".

A fondamento di tale determinazione i Curatori fallimentari hanno posto l'intervenuto scioglimento del rapporto concessorio facente capo a CSA, per effetto del fallimento di C. e del mancato subentro, nel predetto contratto, da parte della curatela fallimentare, come pure accertato dal Tribunale di Teramo con decreti divenuti definitivi con cui i Curatori sarebbero stati autorizzati a non dar seguito alla concessione in parola e, da ultimo, con decreto di omologa del concordato presentato da D. S.p.a.

2. Con il ricorso in epigrafe è stato chiesto l'annullamento della nota 6 settembre 2017, con la quale la curatela intima a CSA di riconsegnare il polo impiantistico ed è chiesto l'accertamento della piena validità ed efficacia della "concessione di servizi di gestione della nuova discarica intercomunale sita a Notaresco (TE), località Casette di Grasciano, compresa la progettazione definitiva ed esecutiva, nonché la realizzazione delle opere annesse per la messa in opera" di cui al contratto stipulato per Notaio Dott. F. C. in Giulianova del 7.2.2014 tra C. S.p.a. e C. CSA S.c.a.r.l.

È chiesto, altresì, il risarcimento dei danni derivanti al ricorrente dalla esecuzione degli atti impugnati e dal comportamento del soggetto resistente.

2.1. Parte ricorrente, premessa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul contratto di concessione, con il primo motivo di ricorso, con ampie ed articolate argomentazioni, afferma l'erroneità della tesi seguita dai Curatori fallimentari sulla decadenza della concessione del 2014, fondata sull'assunto, incidentalmente reso dal Tribunale di Teramo nel corso della procedura fallimentare, dell'applicazione dell'art. 81, co. 1, l.f. ai sensi del quale "il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie".

Secondo CSA l'estensione della predetta previsione, in quanto riferita testualmente ai soli appalti di natura privata, non può applicarsi anche alle concessioni di servizi pubblici, sicché il fallimento del concedente non sarebbe idoneo ad incidere sui contratti in corso, che non possono ritenersi "automaticamente sciolti" con il fallimento, posto che la normativa di cui agli art. 72 e ss L.Fall. non prevede ipotesi di rapporti concessori di natura pubblicistica, non rientrando questi tra quelli potenzialmente onerosi per i creditori, visto che non prevedono per loro natura oneri o costi per il concedente, ma, anzi, talvolta il pagamento di un canone per il concessionario e, quindi, un ricavo. Sottolineano quindi i ricorrenti come la decisione della curatela fallimentare presuppone un'inammissibile equiparazione tra gli istituti dell'appalto pubblico e della concessione di lavori e/o servizi. Argomenta CSA che vi è una differenza ontologica tra il contratto di appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, non

potendo il criterio del “rischio operativo” – individuato in sede euro-unitaria quale elemento qualificante e caratterizzante la concessione – essere inteso nel senso di un’equiparazione tra i due istituti, ma come indicazione di un criterio distintivo certo rispetto a quello dell’appalto, ai fini antielusivi della disciplina degli appalti in tema di concorrenza. Ai fini della distinzione dell’istituto della concessione si devono infatti considerare anche gli altri criteri individuati dalla giurisprudenza (la sussistenza di un servizio pubblico locale rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali, la sussistenza di prestazioni a carico degli utenti, l’assunzione da parte del concessionario del rischio economico, la preordinazione dell’attività a soddisfare in modo diretto le esigenze di un numero indiscriminato di utenti, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tan... di una delega traslativa dei poteri organizzatori dall’ente al soggetto privato, una struttura trilaterale del rapporto tra amministrazione, gestore, utenti). Rileva quindi la ricorrente l’inapplicabilità dell’art. 81 l.f., in quanto le concessioni si distinguono dagli appalti per il fenomeno di traslazione dell’alea inerente la gestione del servizio pubblico in capo al soggetto privato e perché nella concessione vi è un trasferimento di pubblici poteri l’adozione di un atto avente anche natura autoritativa e, comunque, pubblicistica rispetto alla natura meramente contrattuale dell’appalto.

Inoltre, rileva la ricorrente, come l’art. 176 d.lgs 50/2016 (al pari dei previgenti art. 158 e 159 d.lgs n. 163/2006), tra le ipotesi di cessazione o risoluzione del contratto non contemplerebbe il fallimento del concessionario e/o l’applicazione dell’art. 81 l.f., che peraltro al comma 2 fa espressamente salve “le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche”, il che renderebbe inutile anche l’equiparazione delle due discipline per sostenere l’applicabilità della norma alle concessioni.

Aggiungono i ricorrenti che a nulla rileverebbe la circostanza, citata dai Curatori fallimentari nell’atto impugnato, secondo cui il preteso scioglimento del rapporto concessorio sarebbe stato accertato anche con i decreti del Tribunale di Teramo del 23.6.2016, del 26.7.2016 e del 2.8.2016, con cui i Curatori sarebbero stati autorizzati a non dar seguito alla concessione in parola, divenuti esecutivi siccome non impugnati, oltre che con il decreto di omologa della proposta di concordato di D. S.p.a., atteso che: ogni decisione del Giudice fallimentare sull’esistenza e validità di una concessione di servizi non potrebbe che avere natura

meramente incidentale, dal momento che appartiene alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ogni valutazione attinente ai rapporti concessori (fatta eccezione per le sole questioni relative a indennità, canoni e corrispettivi); sulla questione in oggetto non vi è (e non vi può essere) alcuna statuizione avente efficacia di giudicato.

CSA precisa, inoltre, di essere divenuta affidataria della concessione, all'esito di una gara ad evidenza pubblica e dei positivi controlli di rito sul possesso dei requisiti, con la conseguenza che il rapporto concessorio in questione non può che ritenersi tuttora valido ed efficace e, comunque, ostativo al "subentro" nella gestione del polo tecnologico e del servizio pubblico del ciclo integrato dei rifiuti da parte di D. S.p.a.

Diversamente, in violazione delle regole dell'evidenza pubblica e degli stessi principi nazionali ed euro-unitari in tema di contratti pubblici, oltre che di buon andamento della P.A., un nuovo soggetto, D. S.p.a., pur essendo privo del connesso potere pubblico (a differenza di C. cui il potere e il patrimonio era stato conferito dai Comuni di Bellante, Giulianova, Morro d'Oro, Mosciano S.A., Notaresco e Roseto degli Abruzzi), pur non essendo stato individuato quale concessionario all'esito di apposita procedura di evidenza pubblica (così come avvenuto per CSA) ed in assenza di un previo controllo sul possesso dei requisiti e sulla qualificazione, si troverebbe di fatto a gestire il servizio pubblico di smaltimento dei rifiuti locali ovvero ad affidarlo ad un ulteriore soggetto.

Aggiunge, altresì, la ricorrente che, anche laddove si volesse ritenere sciolto il rapporto concessorio per effetto del fallimento di C. S.p.a., tanto i beni conferiti a quest'ultima quanto il polo impiantistico sarebbero dovuti ritornare in capo ai Comuni, che hanno costituito la predetta società, quali enti esponenziali dell'interesse pubblico sotteso alla gestione della discarica e del relativo servizio pubblico del ciclo integrato dei rifiuti.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso è dedotta l'illegittimità della determinazione impugnata con riferimento al ridottissimo termine assegnato (di 24 giorni, con scadenza il 24 settembre 2017) a CSA per lasciare l'impianto e alla omessa considerazione delle diverse problematiche connesse all'ipotizzato avvicendamento con D. S.p.a. già evidenziate da CSA con note del 3.8.2017 e dell'11.8.2017 (cfr. docc. 12-13), rimaste prive di riscontro. A dire della ricorrente, nel termine assegnato sarebbe irrealistico concludere tutte le operazioni di smaltimento dei

rifiuti ancora all'interno del polo tecnologico ed, inoltre, la curatela si sarebbe dovuta preoccupare di prevedere una fase transitoria al fine di evitare la paralisi dell'impianto.

3. Per resistere al ricorso si è costituito il Fallimento C. S.p.a., in persona dei curatori fallimentari, il quale eccepisce: a) l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sull'assunto che la materia appartiene alla cognizione del giudice fallimentare in virtù della vis attrattiva del foro fallimentare ai sensi dell'art. 24 della l.f.; inoltre, la ricorrente è risultata parte soccombente sui reclami proposti al Tribunale fallimentare contro le decisioni del giudice delegato e pertanto, in virtù del principio affermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione (21 settembre 2017, n. 21974) non può rimettere in discussione la scelta di essersi rivolto al giudice fallimentare presso il quale è risultato soccombente; b) l'inammissibilità del ricorso sia perché la nota impugnata non è un provvedimento amministrativo sia perché difetterebbe l'interesse ad impugnare tale atto, esecutivo di altri atti non gravati. Nel merito deduce l'infondatezza del ricorso, stante l'applicabilità della disciplina fallimentare alla C. in virtù di quanto previsto dall'art. 14 del d.lgs 175/2016 e la conoscenza, da parte di CSA, già da Luglio/Agosto 2016, dei decreti del giudice delegato al fallimento e quindi della necessità di dover abbandonare l'impianto.

4. Si è altresì costituita D. s.p.a, la quale pure eccepisce l'inammissibilità del ricorso sia per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sia perché si tratta di controversia di competenza del giudice fallimentare sia perché l'art. 133 c.p.a. "fa salve ulteriori previsioni di legge"; peraltro, secondo i principi affermati dalla Corte regolatrice della giurisdizione nell'ipotesi di appalti di costruzione e gestione in concessione del servizio, poiché la remunerazione della concessione costituirebbe il corrispettivo dell'appalto, non sarebbe configurabile la concessione di servizi, ma un contratto di appalto di lavori, con conseguente difetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

5. Alla pubblica udienza del 18 aprile 2018 la causa è stata riservata per la decisione.

6. In via preliminare va affrontata la questione di giurisdizione, che va individuata alla luce del *petitum* e della *causa petendi*.

La nota della curatela fallimentare gravata presuppone che CSA detenga *sine titulo* il polo impiantistico, stante l'intervenuto scioglimento

di ogni rapporto per effetto della declaratoria di fallimento e della scadenza del termine (31.7.2017) di cui all'autorizzazione resa dal Giudice delegato con decreto 2.05.2017 e, sulla base di tale presupposto, intima al ricorrente di provvedere, entro il 30 settembre 2017 ad effettuare tutte le operazioni necessarie ai fine della riconsegna del polo impiantistico.

La controversia ha pertanto ad oggetto l'accertamento dell'efficacia del contratto del 7 febbraio 2014 stipulato tra CSA e la società a partecipazione pubblica C. prima che quest'ultima venisse dichiarata fallita.

6.1. Innanzitutto va rilevato che è inconferente il richiamo, effettuato dal Fallimento C. S.p.a. al principio affermato dalla Corte regolatrice di giurisdizione (Corte di Cassazione, sezioni unite, n. 21974/2017), che precluderebbe a CSA di riproporre innanzi al giudice amministrativo questioni sulle quali è già risultata soccombente innanzi al Tribunale fallimentare.

Invero, il principio, affermato dalla Corte di Cassazione già con la sentenza n. 21260 del 2016, prevede che l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi a un giudice, e sia rimasto soccombente nel merito, non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, in quanto non soccombente su tale, autonomo punto della decisione.

Il principio giurisprudenziale citato, pertanto, non prevede, come sostenuto dalla resistente, che non sia possibile rimettere in discussione le scelte del giudice al quale l'istante si sia rivolto, ma solo che la parte non è più legittimata a proporre appello contro la sentenza del giudice al quale la parte stessa si sia rivolta per contestare la sua giurisdizione.

In altri termini, la preclusione, come precisato dalla Corte di cassazione (sentenza n. 21260 del 2016) riguarda l'appello per difetto di giurisdizione da parte dell'attore o ricorrente dopo che il giudice ha deciso la causa nel merito sancendone la soccombenza e non ha alcun effetto di sbarramento alla riproposizione della domanda dinanzi ad un diverso giudice (al giudice amministrativo anziché al giudice ordinario inizialmente adito, o viceversa).

6.2. Ciò chiarito, occorre verificare se la domanda proposta, concernente l'accertamento dell'efficacia del contratto, rientri nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c, del c.p.a., "salvo ulteriori previsioni di legge", sono de-

volute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”.

Nella fattispecie, osserva il Collegio, è stata creata agli enti locali una società a partecipazione pubblica totalitaria (C.), la quale, previa selezione attraverso una procedura ad evidenza pubblica, ha affidato a CSA la gestione del servizio pubblico locale di smaltimento dei rifiuti, avente rilevanza economica, mediante lo strumento della concessione di servizio pubblico.

Nello specifico, il contratto di concessione, stipulato prima del fallimento della C. e nel quale la curatela C. non è subentrata, concerne, così come previsto dal bando di gara del 22 marzo 2013 e dal disciplinare la «concessione di servizi avente ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva, la costruzione e la gestione di un Impianto per lo smaltimento dei rifiuti in Località “Casette di Grasciano”, Comune di Notaresco (TE)».

Come chiarito dall’ad. plen., Sentenza n. 7 del 30/01/2014, qualora un affidamento contempli, come nella specie, l’esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti (appalto di lavori e concessione di servizi) va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio e l’esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l’ipotesi della concessione di lavori pubblici. Viceversa, secondo i principi affermati dall’Adunanza Plenaria, l’inserimento dei lavori all’interno di un programma rivolto alla gestione di servizi volti a soddisfare esigenze della collettività, quali il servizio di gestione e smaltimento dei rifiuti, sono indubbiamente i lavori a porsi in termini obiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture e degli impianti posti al servizio della collettività.

Nella fattispecie, la costruzione della discarica è strumentale e servente alla gestione della discarica e quindi del servizio pubblico locale di smaltimento dei rifiuti, come chiaramente desumibile dal contratto (art. 1, comma 2) laddove prevede che le opere da realizzare sono «necessarie per la realizzazione, con successiva gestione, della discarica intercomunale di C. S.p.A.» e che «il concessionario è obbligato a svolgere i servizi di gestione della discarica» (art. 1, comma 3).

Peraltro, lo stesso bando di gara, che fa parte integrante del contratto (art. 3 del contratto) a pag. 2 prevede che «trattandosi in prevalenza di affidamento di concessione di servizi...si applica l'art. 30 del d.lgs 163/2006...» e precisa quanto segue: «l'oggetto principale del contratto è costituito dal servizio di gestione della discarica, avendo i lavori di costruzione carattere accessorio»; «il contratto oggetto di affidamento viene qualificato concessione di servizi».

È comunque dirimente, ai fini della configurabilità e prevalenza del rapporto di concessione di un servizio pubblico, il trasferimento del rischio sul concessionario, il quale realizza la remunerazione delle opere realizzate attraverso la gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti. Prevede, infatti, il bando di gara che «il corrispettivo per il Concessionario sarà costituito dalla gestione funzionale ed economica dei lavori realizzati, con acquisizione dei relativi ricavi...», tant'è che il concessionario applicherà sugli utenti una tariffa predeterminata per ogni tonnellata di rifiuti.

D'altra parte, la configurazione di una concessione di servizio pubblico è desumibile, oltre che dall'oggetto dell'affidamento indicato nel bando e nel disciplinare di gara (facenti parte integrante del contratto in virtù del rinvio contenuto nell'art. 3 dello stesso contratto rubricato "Disciplina della concessione") anche dall'art. 10 dello stesso contratto, il quale qualifica «i servizi di gestione oggetto del presente contratto ... a tutti gli effetti "Servizi Pubblici"», prevedendo che «per nessuna ragione potranno essere sospesi o abbandonati dal Concessionario, salvo casi di forza maggiore ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 del Codice Civile».

Quanto alla dedotta giurisdizione del giudice ordinario in veste di giudice fallimentare, è appena il caso di rilevare che la giurisdizione del Tribunale fallimentare non può estendersi a questioni relative all'efficacia di contratti di gestione di servizi pubblici locali, sulle quali è attribuita una giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c, del c.p.a.

In altri termini, la procedura fallimentare non attrae nel suo ambito la definizione delle controversie in materia di concessione di servizi pubblici, le quali restano devolute in via esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Né può sostenersi che, vertendosi della fase esecutiva di un rapporto contrattuale, la controversia, anche alla luce dei principi afferma-



ti dalla Corte costituzionale n. 204/2004, esuli dalla giurisdizione del giudice amministrativo. Invero, nella specie, la controversia, avendo ad oggetto la concessione del servizio pubblico di gestione dei rifiuti locali e non riguardando indennità, canoni ed altri corrispettivi, attiene ad una materia in relazione alla quale la società partecipata dagli enti locali (e per essa la curatela fallimentare) agisce esercitando i poteri pubblicistici attribuiti dai Comuni che hanno esternalizzato a tale società la gestione del servizio pubblico.

Pertanto, su tale materia non può incidere, con pronuncia avente efficacia di giudicato, il giudice ordinario, anche se intervenga in veste di giudice del fallimento della società concedente fallita né, tra l'altro, parte ricorrente formula davanti a questo giudice ulteriori domande, riguardanti materie attratte nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario, in veste di giudice fallimentare.

È peraltro inconferente il richiamo all'art. 24 della l.f., ai sensi del quale "il Tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore", in quanto il principio della "*vis attractiva*" del giudice fallimentare opera sul piano della competenza funzionale inderogabile nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, ma non deroga agli ordinari criteri di riparto di giurisdizione.

7. La qualificazione della domanda di parte ricorrente come azione di accertamento dell'efficacia del contratto di concessione del servizio pubblico e l'attrazione della stessa nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, determina l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sull'assunto che l'atto della curatela sia privo dei caratteri dell'atto amministrativo e della mancata tempestiva impugnazione degli atti precedenti della procedura.

8. Nel merito, il primo motivo di ricorso è infondato.

L'art. 14 del Lgs. 19/08/2016, n. 175, prendendo atto di un indirizzo maturato nella giurisprudenza concorsuale, prevede che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo.

La Corte di Cassazione (sentenze n. 22209 del 2013 e 3196/2017) ha affermato il principio che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali partecipate dagli enti locali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo stru-

mento privatistico, “comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità”. A tale approdo giurisprudenziale la Corte di cassazione è giunta, con argomentazione a contrario, dalla constatazione dell’esistenza di specifiche normative di settore che, negli ambiti da esse delimitati, attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato, i quali, ad ogni altro effetto, continuano a soggiacere alla disciplina privatistica stessa e dal principio, recepito dall’art. 1, comma 3 d.lgs. n. 175 del 2016, secondo il quale, per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del citato decreto legislativo, “si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”.

Dunque, la soggezione alla disciplina sul fallimento delle società a partecipazione pubblica, sancita dall’art. 14 del d.lgs 175/2016, determina, quale conseguenza, l’applicabilità al fallimento della C. (società partecipata da enti locali), della disciplina sul fallimento e quindi anche dell’art. 81 del R.D. 16/03/1942, n. 267.

L’art. 81, comma 1, della l.f. prevede: «Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all’altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie».

Osserva il Collegio che il testuale riferimento dell’art. 81 l.f. al «contratto di appalto» non esclude l’applicabilità della norma anche al contratto in questione concernente la gestione della nuova discarica, previa progettazione e costruzione delle opere, essendo consentito il ricorso all’analogia legis di cui all’art. 12 preleggi allorché manchi nell’ordinamento una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda, quindi, necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria.

Né l’interpretazione analogica è preclusa dalle differenze, ben evidenziate da parte ricorrente, esistenti tra l’istituto dell’appalto e l’istituto della concessione, atteso che il ricorso all’analogia legis non presuppone l’identità tra fattispecie, quanto l’individuazione e applicazione

dell'ipotesi normativa «più simile» alla situazione non prevista, in mancanza di una precisa disposizione normativa.

D'altra parte il ricorso all'analogia è il frutto della necessaria condizione di «staticità» e «chiusura» dell'ordinamento, che, come tale, non può mai prevedere la continua novità ed apertura dell'esperienza se non attraverso il continuo lavoro di adattamento e di integrazione dell'interprete.

In altri termini, la legge fallimentare del 1942, nella fattispecie astrattamente ipotizzata dall'art. 81 (scioglimento del contratto di appalto) non poteva prevedere l'innovazione normativa del 2016 costituita dall'assoggettabilità al fallimento delle società a partecipazione pubblica (art. 14 del Lgs. 19/08/2016, n. 175).

Dunque al contratto in esame, il cui programma negoziale, come sopra precisato, intende realizzare la concessione del servizio pubblico locale di smaltimento dei rifiuti, deve ritenersi applicabile, per analogia, l'art. 81 della l.f. (“contratto d'appalto”), atteso che sia l'appalto sia la concessione del servizio pubblico hanno, come comune denominatore, l'affidamento all'esterno di un servizio pubblico.

L'analogia tra il contratto di concessione e il contratto d'appalto è sancita dallo stesso legislatore laddove all'art. 3, co. 12, del d.lgs. 163/2006 *ratione temporis* applicabile al contratto in oggetto, definisce la concessione di servizi come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Il contratto in questione non è invece sussumibile in quelle disposizioni della legge fallimentare – locazione finanziaria (articolo 72 quarter l.f.), vendita con riserva di proprietà (art. 73 l.f.), contratto d'affitto d'azienda (art. 79 l.f.), Contratto di locazione di immobili (art. 80 l.f.) – che, nell'ipotesi di fallimento del concedente prevedono la prosecuzione automatica ed indipendente del contratto. Non vi è infatti alcun elemento in comune del programma negoziale in esame con gli schemi contrattuali citati.

Ad esempio, quanto alla locazione finanziaria, l'art. 1 comma 136 l. 124/2017 stabilisce che “Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1°

settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo".

Nel contratto di leasing vi è il coinvolgimento del finanziatore, che è necessariamente una banca o intermediario finanziario ed il diritto dell'utilizzatore di acquistare la proprietà del bene, elementi estranei allo schema del contratto di affidamento di costruzione e concessione in gestione del servizio pubblico.

Risulta, peraltro, inconferente, la tesi di parte ricorrente, secondo la quale, pur volendo sostenersi la tesi della equiparazione formale e sostanziale degli istituti della concessione e dell'appalto, l'art. 81, comma 1, della l.f. non potrebbe comunque applicarsi, alla luce di quanto previsto dal successivo comma 2, che, nel fare salve "le norme relative al contratto d'appalto di opere pubbliche" non consentirebbe l'applicazione della disposizione in commento al posto di quella speciale contenuta nel codice dei contratti pubblici.

Ed invero, la previsione di cui all'art. 81, comma 2, della l.f. che fa "salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche" si riferisce all'ipotesi, contemplata nel medesimo comma, del "fallimento dell'appaltatore" e quindi non anche all'ipotesi, ricorrente nel caso in esame, di fallimento del committente.

8.1. Va ora esaminata la censura con la quale CSA lamenta che D., per effetto del mancato subentro della curatela C. nel contratto di concessione in commento e dell'approvazione del concordato fallimentare proposto, si troverebbe, in via di fatto, a gestire il servizio, senza che ne siano stati verificati i requisiti attraverso la partecipazione ad una gara pubblica ovvero potrebbe affidare il servizio ad un diverso soggetto.

Al riguardo, la Corte d'appello dell'Aquila, con il decreto 16 aprile 2018, n. 376, che ha rigettato il reclamo proposto da CSA avverso il decreto del Tribunale di Teramo di omologazione del concordato di D., precisa che «in sede di concordato fallimentare non vi è alcun aggiudicatario di concessioni; vi è una proposta che prevede la cessione al

proponente di tutti i beni, mobili ed immobili, materiali ed immateriali, i diritti reali, i crediti, nessuno escluso, nonché le azioni e le somme presenti nel patrimonio della società fallita, con tutte le autorizzazioni integrate ambientali da essa possedute, da volturarsi in favore della proponente”.

Il rischio paventato dalla ricorrente (l'affidamento senza gara di un servizio pubblico) non ha ragione di esistere, atteso che, l'approvazione del concordato fallimentare non determina l'aggiudicazione di un servizio pubblico. Per il nuovo affidamento del servizio pubblico locale, di rilevanza economica, dovrà, infatti, procedersi ai sensi di quanto previsto dall'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 attraverso l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica secondo la legislazione vigente, rispettosa dei principi di concorrenza.

9. È invece inammissibile, per difetto di interesse la censura con la quale CSA lamenta che gli impianti sarebbero dovuti tornare in capo agli enti locali (Comuni di Bellante, Giulianova, Morro d'Oro, Mosciano Sant'Angelo, Notaresco e Roseto degli Abruzzi) soci di C., in quanto proprietari degli impianti. Si tratta di una questione che esula dalla domanda proposta e dall'interesse perseguito dalla ricorrente consistente nell'accertamento dell'efficacia del contratto. A ciò va aggiunto che la legittimazione a domandare la restituzione degli impianti di proprietà degli enti locali spetta solo a questi ultimi e non può configurarsi quindi la legittimazione del concessionario decaduto dal rapporto concessorio con la società partecipata pubblicata, pena la violazione del divieto di sostituzione processuale previsto dall'art. 81 c.p.c., secondo cui nessuno può far valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

10. Anche il secondo motivo di ricorso non merita accoglimento.

Secondo la ricorrente il termine assegnatole dalla curatela per la riconsegna del polo tecnologico sarebbe stato insufficiente e sarebbe stata omessa ogni valutazione sulle diverse problematiche connesse all'ipotizzato avvicendamento con D. S.p.a.

Invero, già nell'Estate 2016 CSA era a conoscenza dei decreti del giudice delegato di autorizzazione alla curatela C. a non subentrare nel rapporto contrattuale con CSA di gestione della nuova discarica, sicché CSA ha avuto un congruo periodo di tempo per organizzarsi ai fini della riconsegna degli impianti, tenuto conto, peraltro, che la stessa era

ben consapevole della precarietà della sua gestione, visto che esercitava l'attività con autorizzazioni provvisorie e a tempo determinato.

11. L'infondatezza della domanda principale di accertamento di efficacia del contratto, determina il rigetto, per la mancanza degli elementi costitutivi dell'illecito civile, della domanda risarcitoria.

12. Sussistono gravi ed eccezionali ragioni, considerata la complessità e novità delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

[omissis]

III  
INTERVENTI

## Equo compenso e parametri

L'avvio di un dibattito sul c.d. "equo compenso" ha avuto corso e si è sviluppato sulla base della rilevazione, emersa dalla approfondita indagine promossa dal Consiglio Nazionale Forense sul trattamento riservato agli Avvocati da parte delle grandi imprese (banche, assicurazioni etc.) nell'ambito delle c.d. "convenzioni" regolanti il rapporto professionale, che aveva evidenziato una situazione di mercato marcatamente penalizzante per il professionista a favore delle predette grandi imprese.

Il Consiglio ha individuato il dato normativo fondamentale per la soluzione della evidenziata situazione di forte squilibrio tra l'attività professionale ed il corrispondente trattamento preveduto dalle grandi imprese, nella previsione di cui all'articolo 36, primo comma, della Costituzione, giusta il quale il trattamento retributivo deve essere proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto.

Si è, pertanto, determinato a proporre e sostenere il principio

della l'equità del compenso degli avvocati iscritti all'Albo nei rapporti contrattuali tra professionisti e associazioni e società di professionisti con imprese ed enti pubblici, anche in riferimento all'art. 23 della legge 247 del 2012, n. 247, recante "*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*".

Per effetto del deciso intervento del CNF, nell'estate del 2017 sono stati presentati diversi progetti di legge sul regime retributivo da riservarsi ai legali nella regolamentazione contrattuale dei rapporti e, nel mese di novembre dello stesso anno, il Governo ha inserito nel disegno di legge di bilancio per il 2018, un articolo, il n. 99, recante, appunto, disposizioni destinate a tutelare il diritto all'equo compenso degli Avvocati.

Stralciate dal Presidente del Senato sulla base del parere della competente Commissione parlamentare per presunta estraneità alla materia del bilancio, le norme sull'equo compenso sono state, poi, riproposte ed approvate nella



diversa collocazione sopra richiamata (il decreto fiscale) e sensibilmente ampliate con riferimento ad ogni categoria professionale.

Ne è, derivata, dunque, una importante novella alla Legge Professionale Forense (l. 247/2012) con la introduzione dell'art. 13-bis, rubricato "equo compenso e clausole vessatorie", in aggiunta alla precedente formulazione dell'art. 13, regolante, appunto, il "conferimento dell'incarico e compenso".

Dalla semplice lettura dell'articolo 13-bis della legge forense emerge, da un lato, l'uso di termini e concetti, oltre che disposizioni, tratte dal Codice del consumo, e, dall'altro, che l'intento perseguito dal legislatore è stato quello di rafforzare la tutela del lavoro autonomo, introducendo nell'impianto della legge forense una nullità relativa o "di protezione", che può essere fatta valere soltanto dall'avvocato affinché il giudice, accertata la vessatorietà delle clausole, ne dichiari la nullità e determini il compenso del professionista "tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6" (comma 10), senza che la declaratoria di nullità travolga l'intero assetto di interessi regolato dalla convenzione.

L'art. 13-bis, inoltre, disciplina le ipotesi particolari nelle quali le clausole contenute nelle convenzioni devono comunque considerarsi vessatorie (commi 5 e 6), per poi giungere alla disposizione cardine della nuova disciplina, dettata dal comma 8, a mente del quale "le clausole considerate vessatorie ai sensi dei commi 4, 5 e 6 sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto. La nullità opera soltanto a vantaggio dell'avvocato".

Le norme in materia di "equo compenso" poste dalla novella risultano, dunque, pienamente conformi al dettato costituzionale sulla dignità del lavoro individuato quale fondamentale riferimento, concorrendo esse a tutelare il diritto del professionista "ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro" (art. 36 cost.).

La nuova disciplina risulta, poi, rispettosa anche del principio, sancito dall'art. 35, comma 1, cost., della tutela del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", giacché le nuove previsioni in materia di equo compenso introducono delle significative tutele nel campo del lavoro autonomo e, in particolare, nell'ambito della professione forense, conferendo rilievo alla "speci-

*ficità della funzione difensiva”, nonché alla “primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta” (art. 24 cost. e art. 1, comma 2, legge forense).*

Con coerente e condivisibile intuito, il legislatore ha perseguito le finalità sopra sinteticamente delineate collegando la nozione di “equo compenso” ai parametri per la liquidazione dei compensi degli avvocati di cui al d.m. n. 55 del 2014 (oggi aggiornato e modificato dal d.m. 8 marzo 2018 n. 37), provvedimenti questi adottati dal Ministero della Giustizia in attuazione di quanto disposto dall’art. 13, comma 6, della legge forense, ai cui sensi *“i parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, si applicano quando all’atto dell’incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell’interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge”*.

Ne discende che il criterio per stabilire l’equità o meno del com-

penso va individuato nei parametri ministeriali, e di essi il giudice dovrà tener conto nel rideterminare il compenso; va, in proposito, sottolineato come le nuove previsioni si rivolgano anche al settore pubblico, imponendo alle pubbliche amministrazioni di garantire il principio dell’equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti, alla luce anche degli abusi evidenti posti in essere da enti pubblici, talvolta acriticamente avallati dalla giurisprudenza amministrativa.

I parametri ministeriali aggiungono dunque alle loro funzioni già proprie (esplicitate nel comma 6 dell’art. 13, l.f.), quella di costituire il criterio di riferimento, insieme al criterio di proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro svolto, per la determinazione del livello equo del compenso al di sotto del quale, nelle relazioni tra avvocato e “cliente forte”, non si può scendere.

L’esito complessivo del combinato disposto dei nuovi parametri e della disciplina dell’equo compenso è, quindi, quello di aver individuato una soglia maggiore di regolazione pubblica del settore, ma in chiave di protezione del contraente debole, nel quadro di una doverosa protezione costituzionale del soggetto economica-

mente e contrattualmente svantaggiato.

Non può parlarsi, in proposito, di una surrettizia reintroduzione di un minimo tariffario, bensì di una più precisa regola di misurazione del compenso, diretta ad eliminare distorte interpretazioni o incertezze applicative, essendosi – tra l'altro – affermata la cogenza dei parametri rispetto alla discrezionalità del Giudice nella liquidazione in sede giudiziale.

Se, infatti, prima della recente novella, il giudice poteva “di regola” aumentare o diminuire il compenso entro certe soglie, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, ora, per effetto delle riformulazioni di cui all'ultimo DM, il Giudice può effettuare aumenti o diminuzioni “in ogni caso” non superiori alle soglie.

È una novità di non poco conto, alla luce anche della purtroppo invalsa varietà con cui nei fori italiani le spese legali sono liquidate, con decisioni giudiziali spesso sbrigative e poco o per nulla motivate.

Seppure l'ambito di applicazione dei parametri, al di fuori dei casi riconducibili alla sfera di applicazione soggettiva ed oggettiva delle norme in materia di equo compenso, è quello che residua al di fuori dello spazio la-

sciato all'autonomia contrattuale e alla libertà negoziale delle parti, può certamente ritenersi che il maggior livello di protezione assicurato ora all'ordinamento possa nel complesso giovare al settore e ripercuotersi anche nelle relazioni tra avvocati e clienti “ordinari”.

In perfetta aderenza alla impostazione della regolamentazione ministeriale nei sensi di cui si è detto, la giurisprudenza della Corte regolatrice, sancendo il principio della illegittimità dei compensi quantificati in misura tale da ledere il decoro professionale (orientamento già affermato nel 2015 e nel 2016 dalla Corte di Giustizia Europea (sentenza 8/12/2016), dalla stessa Corte (sentenza n. 25804/2015, ordinanza n. 24492/2016) e dalla Giustizia Amministrativa (sentenza t.a.r. Sicilia n. 3057/2016, 334/2017 e t.a.r. Lombardia n. 902/2017)), ha espressamente affermato che il Giudice è tenuto ad effettuare la liquidazione giudiziale in base al DM 55, il quale prevale sul d.m. 140 (rivolto a regolare i rapporti tra professionista e cliente) nel rispetto del principio di specialità (v., da ultima: Cass. civ., sez. II, 31 agosto 2018, n. 21487, che richiama la conforme sentenza della stessa sezione n. 1018/2018 del 17 gennaio 2018).

L'orientamento appena richiamato, sulla base di una corretta valutazione della normativa vigente, ribadisce e conferma il valore della qualità dell'opera e dell'affidabilità del professionista, implicitamente affermando che il criterio dell'economicità della prestazione, pur rilevante, non può tradursi in una mera limitazione dei costi.

Il sistema disegnato dai nuovi parametri forensi e dalla normativa in tema di equo compenso, attraverso la armonizzazione di regole e principi già individuabili nel nostro ordinamento, rappresenta, dunque, la conclusione di un percorso normativo e giurisprudenziale che il CNF ha propugnato fortemente – sulla scorta dei principi invocati – nel promuovere la normativa sull'equo compenso e che, nell'imporre il rispetto di limiti inderogabili, non poteva (contrariamente a quanto surrettiziamente qualcuno sosteneva) e – oggi ancor di più – non può ritenersi in violazione dei principi di libera concorrenza o della normativa europea.

Un primo, positivo riflesso della introduzione nel nostro ordinamento delle norme più volte innanzi richiamate può riscontrarsi nella adozione, da parte della Regione Toscana, della Regione Pu-

glia e della Regione Sicilia, di atti deliberativi contenenti la previsione degli indirizzi in materia di procedure di acquisizione di servizi professionali, che prevedono:

a) La determinazione dei compensi nel rispetto della l. 172/2017, che fa riferimento – per la valutazione della equità del compenso pattuito – ai decreti ministeriali che fissano i parametri da utilizzare nella liquidazione dei compensi da parte degli organi giurisdizionali;

b) La utilizzazione quale criterio o base di riferimento per determinare l'importo a base di gara nella impostazione delle procedure concorsuali di individuazione del contraente, i compensi di cui alla lettera a) che precede, evitandosi la fissazione di criteri di valutazione delle offerte potenzialmente idonei ad alterare l'equilibrio tra le prestazioni professionali ed il compenso, quali ad esempio la prestazione di servizi aggiuntivi a titolo gratuito;

c) Nella predisposizione del contratto deve essere evitato l'inserimento delle "clausole vessatorie" di cui all'art. 13 bis della Legge Professionale Forense.

È auspicabile che gli evidenziati esempi virtuosi vengano seguiti da tutte le Pubbliche Amministrazioni, fermo restando che la

violazione delle regole poste dalla legge e dalle norme regolamentari sul trattamento da riservarsi al professionista è, comunque, perseguibile nelle forme previste dall'ordinamento.

La strada, però, è lunga e difficile: il Consiglio dell'Ordine di Bologna è dovuto intervenire per contestare l'avviso pubblico finalizzato alla formazione di un elenco di Avvocati per l'affidamento di incarichi di difesa e rappresentanza in giudizio della Regione Emilia: in particolare sono state censurate la clausola che prevede un abbattimento dei compensi al di sotto della soglia minima stabilita dai parametri e quella che riduce il valore indeterminato della controversia allo scaglione fra € 26.000 ed € 52.000.

Così pure l'Ordine degli Avvocati di Milano, riscontrando con la delibera in data 17 maggio 2018 una richiesta di una società di concessioni stradali, ha puntualmente indicato quelle che sono le ineludibili previsioni della nuova disposizione sull'equo compenso.

Altro chiaro segnale sulla necessità di applicazione della nuova normativa comincia a trasparire anche dalla giurisprudenza amministrativa: il t.a.r. della Campania, (Sezione I, 25 ottobre 2018, n.

1541) chiamato a pronunciarsi, in via cautelare, sulla legittimità dell' "Avviso di costituzione di un Elenco di Professionisti per il conferimento di incarichi di difesa del Comune di Marano di Napoli nel contenzioso tributario presso la Commissione Tributaria Provinciale e presso la Commissione Tributaria Regionale e elenco per incarichi di difesa in Cassazione (sez. tributaria)" pubblicato il 6.8.2018, ha accolto la sospensiva in quanto assistita da *fumus boni juris*, avuto particolare riguardo alla fissazione di compensi non in linea con le tariffe professionali e comunque in contrasto con il principio di equo compenso, applicabile anche alla amministrazioni pubbliche, con riferimento al contenzioso di valore fino ad € 500,00, per cui l'onorario sarebbe pari a zero,

Soggiunge in giudice amministrativo che, in ogni caso, le esigenze di riequilibrio finanziario debbono armonizzarsi con altri principi fondamentali dell'azione amministrativa, tra cui quelli di ragionevolezza e di proporzionalità, nonché quello di equo compenso per le prestazioni professionali, considerato che le prescrizioni dell'avviso impugnato, contenenti le disposizioni tariffarie contestate, si rivelano immediatamente lesive per i ricorrenti.

Ancor prima della entrata in vigore della nuova normativa, anche il Giudice amministrativo (t.a.r. Sicilia, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 3057) aveva annullato avviso pubblico per la individuazione di Avvocati da parte di un Ente pubblico sulla scorta della notazione che un compenso al di sotto dei minimi "tariffari" è comunque lesivo del decoro e della dignità della professione, così ribadendo il principio più volte espresso dalla Corte di Cassazione (par. 18 che precede).

Occorrerà, ora, vigilare sulla corretta applicazione delle regole innanzi delineate, essendo prevedibili, soprattutto da parte dei committenti forti, tentativi di eludere o aggirare i limiti invalicabili di un trattamento "equo".

Deve, al riguardo, segnalarsi che, allo stato, che le grandi imprese e, in particolare, le Compagnie di Assicurazione e le Banche hanno adottato un atteggiamento molto cauto e prudente, perché appare di tutta evidenza la difficoltà che può presentare una regolamentazione pattizia che concerna una molteplicità di prestazioni professionali, sia nella ipotesi di affidamento di una pluralità di incarichi, sia nella ipotesi del semplice inserimento di professionisti in elenchi di "fiduciari", senza al-

cun obbligo della impresa al conferimento di un incarico.

A conferma della delicatezza della problematica, va segnalato che una importante Società di recupero crediti multinazionale straniera, pur dopo l'entrata in vigore della normativa sull'equo compenso, agli Avvocati che con essa avevano sottoscritto un contratto di collaborazione con un onorario fisso mensile e che hanno correttamente richiesto l'adeguamento alle nuove disposizioni ha comunicato la prossima attivazione di un c.d. "beauty contest" su piattaforma telematica, riservando alla conclusione della gara tra professionisti la definizione dei progressi rapporti: la partecipazione alla gara comporterebbe offerte al massimo ribasso dei compensi (ad es.: per il deposito di un ricorso monitorio € 5!).

Appare, dunque, evidente la necessità di un rigoroso controllo sulla applicazione della nuova normativa: a tal fine, il Consiglio Nazionale Forense ha istituito presso di sé un *nucleo di monitoraggio sulla corretta applicazione dell'equo compenso da parte dei clienti forti e dei parametri da parte dei giudici*, proprio allo scopo di contribuire, insieme a tutti i soggetti a vario titolo interessati, alla virtuosa applicazione delle

fonti normative richiamate, con ciò dando corso anche ad una sistematica raccolta di dati.

Gli Ordini Forensi sono stati, così, invitati a procedere, a livello territoriale, ad organizzare analoghi centri di osservazione e a trasmettere i dati così raccolti dagli iscritti e dagli uffici giudiziari, con i quali ultimi si auspica vengano strutturate idonee forme di collaborazione, considerato anche che il lavoro di monitoraggio sarà utile anche a garantire una corretta informazione e la massima trasparenza nei rapporti con i clienti.

Un passo importante nella riaffermazione della essenzialità della figura dell'Avvocato e nel riconoscimento del principio che la entità e la qualità della sua prestazione devono essere adeguatamente remunerate, a tutela anche del decoro e della dignità del professionista, è stato compiuto: la Avvocatura Istituzionale e quella associativa sono pronte ad ogni altra battaglia per la esaltazione del ruolo del difensore in un sistema che tuteli veramente e sotto ogni profilo il diritto di avere diritti.

*Lucio Del Paggio*

# L'avvocato robot nel diritto di famiglia: un paradosso?

*Abstract: L'avvocato utilizza sempre più spesso risorse elettroniche. Nel tempo si è sviluppato un mercato degli strumenti informatici destinati al ceto forense. Ciò ha aperto la strada ai primi studi sulla predisposizione di atti e sulla esecuzione di ricerche giurisprudenziali, in maniera automatica e indipendente dall'uomo. Peraltro – soprattutto nel diritto di famiglia – è evidente che nessun robot può sostituire l'avvocato nell'assistere e nel difendere il cliente, con il quale si instaura un rapporto personale di fiducia: gli strumenti informatici svolgono dunque funzioni ausiliarie, ad evitare conseguenze inopportune, specialmente in prospettiva.*

## 1. Gli avvocati di fronte alle risorse elettroniche

Gli avvocati si confrontano sempre più spesso con le banche dati e gli strumenti di calcolo online, i programmi per la dettatura dei documenti, i *software* gestionali, etc., compiendo atti di natura informatica (*inter praesentes*), telematica (*inter absentes*), virtuale (tramite *web*), digitale (mediante l'uso di un sistema crittografico a chiave pubblica e privata) e cibernetica (caratterizzati da un ruolo attivo dell'elaboratore elettronico nella formazione dei contenuti).

Il rapporto tra il nostro ceto e il computer è aumentato progressivamente, richiamando l'interesse

non solo dei professionisti, ma anche della stampa: basta scorrere i quotidiani per apprendere che la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa ha presentato alla Commissione europea le Linee guida per la regolamentazione della robotica<sup>1</sup>, o che una *app* di IBM ha “vinto una gara con altre applicazioni specializzate in diritto e nella ricerca di dati salienti”<sup>2</sup>, oppure che “le nuove tecnologie si fanno strada e rimettono in discussione l'attività forense”<sup>3</sup>.

In questa prospettiva, ad esempio, il d.m. 8 marzo 2018 n.

1. *Corriere della Sera*, 24 novembre 2013.
2. *Corriere della Sera*, 19 febbraio 2015.
3. *Italia oggi*, 28 maggio 2018.



37 ha previsto che il giudice aumenti il compenso del difensore per le memorie che consentano la navigazione o la funzione di ricerca testuale, nell'ambito del PCT<sup>4</sup>. Analogamente una serie di manifesti – visibili anche nella metropolitana di Milano – ha invitato i giuristi a scoprire “*che tipo di avvocato*” sono, o a diventare “*avvocati di eccellenza*”, collegandosi a determinati siti internet. Infine alcune aziende hanno lanciato sul mercato prodotti “*per certificare le pagine web*” o per operare “*on cloud*”.

Nel 2017-2018 si è sviluppata la concorrenza, a livello internazionale, tra gli strumenti informatici progettati per analizzare atti, documenti e questioni giuridiche, al fine di assistere l'avvocato nella sua attività<sup>5</sup>: se ciò avviene oggi soprattutto nel campo del diritto commerciale, gli sviluppi futu-

4. La disposizione in esame, come noto, è stata proposta dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati. Cfr. Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Giustizia, 7 febbraio 2018, Parere sullo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83, 85, lettere a), b), c), d), e), f), h), i), l), m), o), r), s), t) e u), l. 23 giugno 2017, n. 103.

5. A titolo esemplificativo v. <https://kirasystems.com/> e <http://www.rossintelligence.com/>.

ri possono riguardare anche altre materie. “*Ci saranno vincitori e vinti. Sopravviveranno i grossi studi globali e le boutique. Vincerà chi è più veloce, chi fa più ricerca e sviluppo, chi ascolta di più i bisogni dei clienti. Con un impatto sui posti di lavoro. Ma ci vorrà ancora molto tempo, perché l'essere umano diventi ridondante*”, spiega il rappresentante di una nota *law firm*, interessata a sviluppare una intelligenza artificiale, in collaborazione con le aziende della Silicon Valley<sup>6</sup>.

A parte il dato di fatto che la sopravvivenza degli organismi di grandi dimensioni non è scontata in natura (pensiamo alla estinzione dei dinosauri), né all'interno della società moderna (come risulta dalla frequenza degli *spin off*, in ogni contesto), dobbiamo domandarci in quale misura il progetto di un avvocato tecnologico sia possibile e auspicabile, specialmente nel diritto di famiglia<sup>7</sup>.

6. *Corriere della Sera*, 16 novembre 2017.

7. Ad esempio, il sito statunitense [www.wevorce.com](http://www.wevorce.com) offre assistenza online ai coniugi che desiderano divorziare di comune accordo (\$ 949,00 a coppia, oltre agli oneri di cancelleria, con la garanzia di rimborso delle somme corrisposte in caso di rigetto della domanda).

## 2. Prospettive (quasi) future

La integrale sostituzione del professionista con il robot è uno scenario fantascientifico e paradossale: in un futuro parallelo il cliente potrebbe selezionare il suo difensore sul web – magari tramite l'app “chiedi preventivi” – ricevendo online le informazioni di legge sul trattamento dei dati personali, sulla polizza RC professionale, sulle ADR, etc. Successivamente egli potrebbe interagire con lo studio prescelto, tramite un menù di questo genere: “*studio legale Giove, Giunone & IT, risponde la segreteria elettronica. Grazie per avere chiamato. Premere 1 se volete separarvi, 2 se intendete divorziare, 3 se desiderate ascoltare brevi cenni sulla differenza tra separazione e divorzio, 4 per consultare l'avv. Giove, 5 per consultare l'avv. Giunone, 6 per confrontarvi con il robot IT*”. In tal modo i soci potrebbero analizzare periodicamente le preferenze degli assistiti, specie negli studi più strutturati: “*per quale ragione la maggioranza degli utenti sceglie l'opzione quattro?*”, domanda Giove, “*occorrerebbe ripensare la suddivisione interna del lavoro*”. “*Lanciamo un concorso tra coloro che premono cinque*”, interviene un junior partner. “*La*

*donna-avvocato, questa fa arricciare il naso in modo sdegnoso o canzonatorio*”<sup>8</sup>, puntualizza Giunone con voce sepolcrale, “*pensate a coloro che hanno votato Bill Clinton e snobbato sua moglie Hillary*”. “*La vera discriminazione riguarda me*”, replica il name partner IT, “*so-no sem-pre ul-ti-mo nel me-nu*”. E allo stesso modo possiamo immaginare robot che dialogano contemporaneamente con clienti diversi (o con i loro pc), mentre inviano e-mail e partecipano ad udienze virtuali (senza muoversi ... dal server).

Se per assurdo lasciassimo scrivere i nostri atti a robot sofisticati, limitandoci ad una supervisione e dichiarandolo pubblicamente, i risultati sarebbero gli stessi per coloro che assistiamo? Forse no: anche ipotizzando che la tecnica di un robot possa rivaleggiare con la professionalità di un bravo avvocato, l'uno e l'altro conserverebbero una diversa capacità di *convincere* gli interlocutori. I giudici, le controparti e i partecipanti ad un negoziato possono essere persuasi non solo dalla parola, ma anche dall'esempio di esseri umani *come loro* che

8. Così, testualmente, A. Kuliscioff, *Il monopolio dell'uomo: conferenza tenuta il 27 Aprile 1890 nelle sale del circolo filologico milanese*, Milano, 1890, 46.

rappresentano, difendono o assistono i clienti. Pertanto è difficile immaginare che un robot, presentandosi come tale, generi analoghi fenomeni di immedesimazione o di *transfert*, a meno che non si verificino mutamenti radicali nella nostra percezione e nella vita sociale (ad esempio, con lo sviluppo della c.d. realtà virtuale).

L'attribuzione di un ruolo determinante agli strumenti informatici può inoltre ridimensionare la fiducia riposta nel professionista, in nome di una accelerazione dei tempi della giustizia e di una riduzione dei costi legali: quanto ai tempi, tuttavia, i Tribunali dovrebbero acquistare tecnologie paragonabili a quelle degli studi più avanzati, al fine di evitare nuovi sovraccarichi e ritardi. Quanto ai costi, poi, occorrerebbe riconoscere un giusto compenso sia all'avvocato, sia ai titolari dei diritti sull'hardware, sul software e sui dati utilizzati. Quanto all'assistito – ciò che più rileva – è inoltre evidente che la possibilità di confidare fatti riservati, tipici tra l'altro del diritto di famiglia, dipende anche dalla instaurazione di un rapporto difficilmente riproducibile da un computer: esso può garantire riservatezza, o tempi di ascolto molto prolungati, ma non può

sperimentare emozioni ed eventi umani, come la maternità e la paternità.

### 3. Conclusioni

Se alcuni clienti sono oggi insoddisfatti o diffidenti, nei confronti del nostro ceto, è arduo rassicurarli con l'avvocato robot: i tempi non sono maturi per attribuire responsabilità decisionali ad un *software* o ad un *hardware* in commercio, specialmente in materie dove prevalgono gli aspetti *personali*, come nel diritto di famiglia. Né sembrano ammissibili gli *automatismi*, tipici dei computer, nella assistenza delle parti e dei minori. L'informatica è dunque una semplice componente della preparazione professionale, agevolando lo svolgimento della attività quotidiana.

A meno da non scrivere programmi che imitino, sino in fondo, la deontologia e la *best practice* dei difensori. E così, i robot troppo *litigator* potrebbero "scaricare" una *patch* per favorire il tentativo di conciliazione, i *legal computer* più esosi riceverebbero un algoritmo basato sulle tariffe in vigore, mentre apposite istituzioni verificherebbero l'aggiornamento del sistema operativo almeno x

volte l'anno, a pena (irremissibile) di disattivazione!

Possiamo immaginare infine un mondo ancora più lontano, dominato dalle macchine, dove il foro può essere condizionato cancellando sentenze "scomode" dalle banche dati, o paralizzando gli

uffici giudiziari tramite virus. In un contesto simile, l'avvocato robot si troverebbe a suo agio più di noi, meritando pienamente un CTU informatico, un cancelliere cibernetico ... e un giudice severo<sup>9</sup>.

*Giulio Rufo Clerici*

9. A proposito, umano? Recentemente l'Accademia dei Lincei ha ospitato il convegno *La decisione robotica: premesse, potenzialità, incognite*, ponendo la questione se un robot possa "pronunciare sentenze sulle controversie tra uomini" (*La Stampa*, 5 luglio 2018). Al riguardo si veda l'intervento svolto, in tale sede, da F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/il-codice-del-processo-amministrativo1>.

IV  
VITA FORENSE

**Resoconto dei lavori del XXXIV  
Congresso Nazionale Forense  
Catania 4/6 ottobre 2018  
“Ruolo dell’avvocato per la democrazia  
e nella Costituzione”\***

Dopo un lungo dibattito fino a sera, approvate le mozioni del XXXIV Congresso Nazionale dell’avvocatura italiana, che si è concluso questa mattina a Catania. Rinnovati i 53 componenti dell’OCF, Organismo Congressuale Forense, che eleggerà il suo coordinamento nella prima assemblea che si terrà entro 30 giorni. Decisa la sede del prossimo Congresso Forense che si terrà a Lecce nel 2021. Come previsto, dopo l’acclamazione dell’altro ieri dinanzi al Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede, è stato dato il via libera alla proposta di riforma per la modifica dell’articolo 111, per il riconoscimento dell’avvocatura in Costituzione e l’affermazione della libertà e dell’indipendenza dell’avvocato per una efficace tutela dei diritti dei cittadini. “Il XXXIV Congresso Nazionale Forense ha dimostrato grande unità e compattezza, una avvocatura matura e consapevole del suo ruolo. L’assise, oltre alla proposta di riconoscimento del ruolo dell’Avvocato in Costituzione, ha approvato mozioni importanti che vanno nella direzione di un migliore funzionamento della Giustizia italiana e della tutela dei diritti, consentendo anche a chi non ha mezzi di poter ricevere un servizio più veloce e qualificato”. È quanto afferma il Presidente del Consiglio Nazionale Forense, Andrea Mascherin. “Il Congresso – aggiunge il Presidente Mascherin – si è misurato su alcuni temi molto sentiti dall’avvocatura. Sull’avvocato monocommittente si definisce una adeguata disciplina, una rete di garanzie minime che oggi non c’è, senza cambiarne la natura libero professionale ed escludendo qualsiasi rapporto di lavoro subordinato. L’assise ha inoltre ribadito il concetto che la Giustizia è e deve restare un servizio pubblico e dunque la riduzione del contributo unificato

va nella direzione di favorire l'accesso a un diritto che è di tutti i cittadini e che gli elevati costi, come nel caso della giustizia amministrativa, comprimono in modo penalizzante. Le mozioni proposte e approvate dal Congresso sul patrocinio a spese dello Stato sono già parte di una proposta di legge del Consiglio Nazionale Forense. Il 9 ottobre riparte il tavolo al ministero su questa questione, come annunciato al Congresso dallo stesso ministro Bonafede. Sul processo civile, inoltre, le nostre proposte hanno gli stessi obiettivi di miglioramento di efficienza esposti dal Ministro della Giustizia, ma con strumenti e percorsi diversi: non vogliamo intervenire sulle regole del processo, ma sui meccanismi che stanno a monte o a valle. Siamo, inoltre, convinti che sia interesse di tutti favorire la professionalizzazione e la specializzazione dei Giudici di Pace. Le mozioni approvate ipotizzano l'individuazione di una competenza per materie specifiche, proprio per agevolare la crescita professionale e qualitativa concentrandone l'operato su materie specifiche". "L'Avvocatura unita come mai prima – ha aggiunto il segretario dell'Organismo Congressuale Forense, Giovanni Malinconico – ha lanciato al Congresso dei messaggi importanti. Il primo è che sotto attacco non è solo la professione ma la tutela dei diritti fondamentali; il secondo è che l'Avvocatura è matura e pronta ad assumersi la grande responsabilità di essere baluardo indefettibile della tenuta del sistema democratico". "La prossima battaglia da affrontare – ha continuato – è la forte crisi che sta vivendo una larga parte dell'Avvocatura. Una questione delicata che non può essere 'liquidata' frettolosamente dicendo che questa professione non si può più fare. Nessuno può permettersi di dirlo perché vorrebbe dire ammettere che la tutela giurisdizionale non è al centro della nostra società e noi ci batteremo sempre perché ciò non avvenga".

**LE MOZIONI, ALCUNI SPUNTI AVVOCATO MONOCOMMITTENTE** – Il Congresso dà una risposta forte e interviene proponendo una nuova normativa *ad hoc* su un fenomeno ormai largamente diffuso all'interno dell'avvocatura (si stima siano circa 30 mila i professionisti interessati, secondo i dati della Cassa Forense): quello dell'avvocato che svolge la sua prestazione professionale esclusivamente in favore di un unico committente (studio legale, nelle sue varie forme, o studio professionale). La nuova disciplina del rapporto contrattuale

deve riguardare l'avvocato monocommittente che svolge la propria prestazione presso un professionista non associato, presso studi associati o presso soggetti che esercitano la professione forense in forma societaria. La disciplina – che mantiene la natura libero professionale, esclude qualsiasi ipotesi di lavoro subordinato e garantisce l'indipendenza e l'autonomia tecnico professionale – prevederà garanzie nel caso di gravidanza, malattia e infortunio, la pattuizione di un onorario annuale proporzionato alla qualità degli apporti dei professionisti, il diritto al rimborso spese per la formazione professionale continua e dei costi sostenuti per la stipula della polizza assicurativa di responsabilità civile.

**PROCESSO CIVILE** – Diverse le mozioni approvate che tendono a regolare e ampliare le competenze degli avvocati, delle istituzioni forensi e a rendere più efficace il processo civile. Tra le questioni centrali, solo per citarne alcune: la riduzione del contributo unificato e dei costi del processo, la revisione della disciplina in materia di condizioni di procedibilità affidate all'esperienza della mediazione o della negoziazione assistita, attraverso l'unificazione delle ipotesi di obbligatorietà e il loro reciproco potenziamento, nonché l'applicazione agli stessi dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato. Altro punto riguarda i Giudici di Pace. Le mozioni approvate mirano ad assicurare la specializzazione (e quindi la migliore qualità delle decisioni) del Giudice di Pace, limitando le sue competenze alle sole controversie relative a condominio degli edifici, risarcimento danni derivanti dalla circolazione dei veicoli e natanti sino al limite di valore di 50 mila ed opposizioni alle sanzioni amministrative (escluse quelle per le quali attualmente è competente il Tribunale). Le mozioni, prevedono inoltre una revisione dell'attuale struttura del giudizio d'appello, ipotizzando le seguenti linee di riforma: 1) introduzione del giudizio con ricorso da notificarsi all'appellato, con successiva iscrizione a ruolo e formazione del fascicolo telematico; 2) costituzione dell'appellato mediante controricorso da notificarsi all'appellante e successivo deposito nel fascicolo telematico; 3) abrogazione degli art. 347, comma 1, 348, 348 bis, 348 ter nonché dell'art. 436 bis c.p.c.; 4) trattazione del giudizio in forma camerale, con facoltà delle parti di chiedere l'immediata trattazione di questioni preliminari, di depositare memorie conclusive ovvero di richiedere la discussione orale. Nell'ambito del processo civile, inoltre, l'assise ha detto sì all'impegno



per la tutela e potenziamento del gratuito patrocinio e alla riforma della concessione della provvisoria esecutorietà al decreto ingiuntivo per le somme non contestate.

**PRESSIONE FISCALE** – Dal Congresso di Catania arriva un pacchetto di richieste specifiche per ridurre l'eccessiva pressione fiscale. Si a una *flat tax* sulla base di minori aliquote, in particolare per i giovani professionisti. Rivedere la previsione dell'Irap e il sistema di deduzione e detraibilità dei costi relativi all'esercizio della professione (troppe le ingiustificate limitazioni). Semplificare il sistema fiscale evitando ogni possibile doppia imposizione. In sede comunitaria esenzione dell'IVA o assoggettamento alle aliquote ridotte per le prestazioni degli avvocati alle quali viene riconosciuto il carattere di alto valore sociale e di interesse pubblico.

**EQUO COMPENSO** – Fondamentale la salvaguardia dell'effettività dei compensi e dei tempi di pagamento e il riconoscimento del diritto al cosiddetto equo compenso. Rivedere la normativa sul patrocinio a spese dello Stato per rafforzarla, attraverso la semplificazione delle procedure, la certezza temporale e accelerazione dei pagamenti e l'introduzione di un'unica piattaforma telematica.

**SOCIETÀ TRA AVVOCATI** – Forte e chiaro il messaggio dei delegati che chiedono la revisione dell'attuale normativa e il ritorno al divieto al socio di capitale negli studi legali.

**NATURA GIURIDICA** – Di fronte alle improprie ingerenze sulla natura stessa degli ordini, a partire dall'antitrust, si chiede una normativa che riaffermi la natura pubblica ma non statale delle istituzioni forensi.

**MOZIONI STATUTARIE SULL'ORGANISMO CONGRESSUALE FORENSE** – Per quanto riguarda le mozioni statutarie, si conferma la linea della continuità con l'attuale rappresentanza politica forense, l'OCF (Organismo Congressuale Forense), che proseguirà la sua azione solo con piccole modifiche migliorative.

\*da il sito de "Il dubbio" 6/10/2018

## Le 10 bufale che circolano sulla prescrizione

Il sempre allegro Ministro Bonafede ha annunciato – a social unificati – un emendamento al Decreto Sicurezza che prevederebbe la “*sospensione del corso della prescrizione dalla pronuncia della sentenza di primo grado... fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio...*”.

A voler tacere dell'improprio linguaggio giuridico utilizzato dall'estensore dell'emendamento, ci preme in questo momento evidenziare le 10 bufale secondo le quali la prescrizione dei reati sarebbe il cancro della giustizia penale e per le quali la riforma proposta sarebbe la soluzione di ogni problema del Pianeta Giustizia.

1) La prescrizione è il male del processo; FALSO: essa è un sintomo e non la causa della malattia del sistema;

2) La prescrizione non avrà più ragione di esistere in virtù degli investimenti finanziari previsti nella Legge di Bilancio; FALSO: la cifra indicata – da ripartire peraltro tra tutti i settori della Giustizia – è ben poca cosa rispetto al fabbisogno di un sistema che per i grandi numeri si avvale dell'opera di magistrati onorari (154 in Abruzzo) e che utilizza lo strumento della prescrizione come valvola di sfogo per le eccedenze fisiologiche (in prevalenza a L'Aquila reati bagatellari o contravvenzioni edilizie o al Codice della Strada);

3) La prescrizione aiuta i colpevoli a farla franca; FALSO: se così fosse non avrebbe senso fermarne il corso anche per chi è stato assolto in primo grado;

4) La prescrizione è uno strumento in mano ai cavillosi avvocati; FALSO: ogni richiesta di rinvio proveniente dalla difesa già oggi comporta la sospensione del decorso del termine prescrizione;

5) La prescrizione matura perché i processi sono troppo lunghi; FALSO: dati statistici certificano che il 70% delle prescrizioni maturano nel corso delle indagini preliminari e che, comunque, una percentuale di tempo analoga si consuma quando il fascicolo è nella disponibilità del p.m. ed il processo ancora non inizia; a livello locale è il caso – ad esempio – dei procedimenti per i reati contro la Pubblica Amministra-

zione che molto spazio hanno trovato sui media in corso di indagine ma che faticano a trovare celere soluzione processuale;

6) La prescrizione salva gli autori dei crimini più efferati; FALSO: l'associazione di stampo mafioso e quella per agevolare l'immigrazione clandestina si prescrivono in 30 anni, la corruzione in 12 anni e 6 mesi, l'omicidio colposo sul lavoro in 17 anni e 6 mesi, l'omicidio stradale in 17 anni e 6 mesi (45 se plurimo), l'inondazione, frana o valanga in 15 anni, il furto aggravato in abitazione in 12 anni e 6 mesi, la rapina aggravata in 25 anni;

7) La prescrizione rende i processi più lenti; FALSO: eliminare il decorso del tempo allungherà ulteriormente i tempi processuali violando così la norma costituzionale che vuole che la loro durata sia ragionevole;

8) La prescrizione impedisce alle vittime di avere giustizia; FALSO: nel processo penale è lo Stato che esercita la propria pretesa punitiva nei confronti di quei consociati che hanno violato un precetto; chi subisce un danno da quel comportamento mantiene il diritto al risarcimento anche in caso di intervenuta prescrizione; si vedano in proposito le numerose azioni civili intentate dai parenti delle vittime del terremoto;

9) La prescrizione è causata da eccessi di garanzie verso gli imputati; FALSO: i casi di rinvii delle udienze sono principalmente dovuti agli errori nelle notifiche o alle assenze dei testi qualificati (Polizia Giudiziaria) che sono giustificati se in ferie o in altro impegnati;

10) La prescrizione è la resa dello Stato; FALSO: uno Stato che vuole dirsi "civile" comprende che non può tenere un cittadino sotto processo vita natural durante sia perché lo considera non colpevole fino a sentenza irrevocabile sia perché l'eseguire una pena a distanza di troppi anni dai fatti significa punire persone ormai diverse.

Siamo preoccupati da questa ennesima *boutade* propagandistica che sappiamo troverà terreno di ottimo attecchimento nella pancia della gente troppo spesso delusa dalla narrazione che si fa del mondo della giustizia penale ma sappiamo anche che solo chi ha vissuto esperienza diretta con le aule riesce a comprendere quanto nefasta possa essere una riforma che finirà per rendere imputati e parti civili protagonisti di un processo senza fine.

Per questo, assieme alle altre Camere Penali territoriali, aderiamo in maniera convinta allo stato di agitazione proclamato dalla Giunta UCPI.

Camera Penale di L'Aquila  
*"Emidio Lopardi Jr."*  
Il Direttivo

Finito di stampare nel mese di dicembre del 2018

presso «The Factory Srl»

Via Tiburtina, 912 - Roma - [www.the-factory.it](http://www.the-factory.it)

per conto della

«Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale» di Canterano (RM)