

GIURISPRUDENZA ITALIANA

edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Aprile 2018

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni
Claudio Consolo - Gastone Cottino
Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo
Mattia Persiani - Mariano Protto - Pietro Rescigno
Giorgio Spangher - Francesco Tesauro

Surrogazione di maternità all'estero

Cumulabilità dell'ufficio di testimone e difensore

Acquisizione gratuita dell'immobile abusivo
da parte della P.A.

Le Sezioni unite e la responsabilità penale
del personale sanitario

Percorsi di giurisprudenza

Impignorabilità e inesquestrabilità delle polizze vita

Dottrina e attualità giuridiche

Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo
la "Riforma Madia"

Poppe Italiane s.p.a. - spedizione in abb. post. - D.L. 353/2003 conv. in L. 27/2/2004, n. 469 art. 1, comma 1, DCB/MI - ISSN 1125-3203



COMMENTARIO AL TESTO UNICO DELLE LEGGI IN MATERIA BANCARIA E CREDITIZIA

diretto da Francesco CAPRIGLIONE

€ 300

Cod. 00235100

A distanza di cinque lustri dall'entrata in vigore del decreto n. 385 del 1993, più volte in seguito modificato, viene presentata la **quarta edizione** del Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria, opera nella quale accademici, studiosi, esponenti delle istituzioni finanziarie ed operatori del settore offrono una **puntuale esegesi** (spiegazione) della **normativa** in esso contenuta. I commenti, i contributi dei singoli autori, sono preordinati all'individuazione di elementi conoscitivi (anche di natura extra-giuridica) necessari per l'**approfondimento** - in campo professionale, ma anche teorico-scientifico - delle tematiche oggetto di trattazione. I commenti si caratterizzano per **completezza** d'analisi, **aggiornamento** normativo e ricerca di soluzioni tecniche che consentano di superare le difficoltà interpretative della complessa regolazione vigente, in gran parte di derivazione europea. La riflessione è condotta con **rigore metodologico**, **vaglio giurisprudenziale** e continuo riferimento ai risultati della **dottrina**.

Da qui il pregio dell'opera in tre tomi che, da un quarto di secolo, si connota quale indispensabile strumento per affrontare l'esame delle numerose problematiche poste dalla disciplina bancaria.



shop.wki.it ☎ 02.82476.1
✉ info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Claudio Consolo - Gastone Cottino - Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Mariano Protto - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher - Francesco Tesauro

Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Salvatore Boccagna - Guido Bonfante - Mauro Bove - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta - Antonio Carratta - Franco Carinci - Raffaele Caterina - Piermaria Corso - Pasquale Costanzo - Marco Dell'Utri - Madia D'Onghia - Alfredo Gaito - Fiorella Lunardon - Valerio Maio - Michel Martone - Enrico Minervini - Marcella Negri - Stefano Pagliantini - Stefano Petitti - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Risicato - Alberto A. Romano - Achille Saletti - Marcella Sarale - Marco Sica - Gianluca Sicchiero - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Daniele Amoroso - Stefania Baiona - Laura Baccagliani - Giovanni Barrocu - Andrea Barengni - Ettore Battelli - Angelo Bertolotti - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Mia Callegari - Lisia Carota - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Stefano A. Cerrato - Daniela Chinnici - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Claudio Contessa - Elena D'Alessandro - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Eva Desana - Amalia Diurni - Margherita Dominici - Emanuela Fiata - Giorgio Frus - Giulia Garesio - Domenico Garofalo - Filippo Giunchedi - Federica Godio - Silvia Ingegnatti - Katia La Regina - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Enrico Marello - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Edoardo Morino - Luciano Olivero - Massimo Francesco Orzan - Paolo Patrito - Luca Penasa - Barbara Petrazzini - Fabrizio Piraino - Federico Riganti - Rossella Rivaro - Carmela Robustella - Rita Rolli - Alberto Ronco - Marco Russo - Riccardo Russo - Fabrizia Santini - Anna Saraceno - Nicola Sartori - Silvio Sau - Roberto Senigaglia - Marina Spiotta - Marcello Stella - Eugenia Tonello - Alessandro Turchi - Davide Turrone - Vincenzo Verdicchio

Recentissime

Daniele Amoroso - Paolo e Vincenzo Carbone - Claudio Contessa - Massimo Francesco Orzan - Giuseppe Santalucia

Comitato per la Valutazione

Niccolò Abriani - Luigi Balestra - Angelo Barba - Roberto Bartoli - Alessandro Bellavista - Massimo Bione - David Brunelli - Vincenzo Calandra Buonauro - Alberto Cadoppi - Piera Campanella - Guido Canale - Francesco Caprioli - Angelo Castagnola - Giuseppe Cataldi - Maria Cristina Cataudella - Gino Cavalli - Roberto Calvo - Francesco Cavazzuti - Massimo Ceresa Gastaldo - Alessandro Ciatti - Silvia Cipollina - Nicola Cipriani - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Domenico Dalfino - Giovanni D'Amico - Marco De Cristoforo - Giovannangelo De Francesco - Maria Vita De Giorgi - Francesco Delfini - Maria Valeria Del Tufo - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Marcello Di Filippo - Adolfo di Majo - Angelo Federico - Paola Ferrari - Fiorenzo Festi - Franco Fichera - Luigi Fiorillo - Enrico Follieri - Gabriele Fornasari - Gabriele Franza - Novella Galantini - Paolo Gallo - Marco Gambacciani - Alberto Gargani - Pietro Gargiulo - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Andrea Giussani - Enrico Gragnoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Maurizio Irrera - Alberto Jorio - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Francesco Luiso - Vincenzo Maiello - Andrea Maltoni - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Marino Marinelli - Enrico Marzaduri - Maria Rosaria Mauro - Agostino Meale - Elena Merlin - Fabio Merusi - Paolo Montalenti - Salvatore Monticelli - Paolo Morozzo della Rocca - Paolo Moscarini - Filippo Olivelli - Ilaria Pagni - Michele Papa - Paolo Pascucci - Giorgio Pastori - Salvatore Patti - Marco Pelissero - Luca R. Perfetti - Lorenzo Picotti - Pietro Pozzaglia - Federico Maria Putaturo Donati - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Alessandra Rossi - Giuseppe Ruffini - Laura Salvaneschi - Davide Sarti - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Marco Spolidoro - Alberto Stagno d'Alcontres - Luigi Stortoni - Giuliano Tabet - Michele Taruffo - Paolo Tosi - Luigi Carlo Ubertazzi - Daniela Valentino - Antonio Vallini - Giovanna Visintini - Tiziana Vitarelli - Giuseppe Zanmarone

Segnalazioni di provvedimenti

La Redazione di "Giurisprudenza italiana" invita i propri Lettori ad inviare provvedimenti di merito e legittimità che per l'importanza degli argomenti trattati e la peculiarità delle interpretazioni contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.

Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato:

- via e-mail a: domenica.distefano@wolterskluwer.com

- oppure per posta a: "Giurisprudenza italiana", dott.ssa Domenica Distefano presso Wolters Kluwer Italia s.r.l., Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano.

Sarà cura della Redazione riportare nell'intestazione dei provvedimenti pubblicati i nomi dei Giudici e degli Avvocati difensori.

Per informazioni in merito a contributi e articoli telefonare al seguente numero: 02.82476881.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

DIRETTORE RESPONSABILE

Antonella Loporchio

Passaggio registro SICID n. 1297/18 n. 3 del 17 gennaio 2018. Registro stampa già n. 321/1948.

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

REDAZIONE

Ines Attorresi, Francesco Cantisani, Domenica Distefano
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

SELEZIONE SENTENZE

La selezione delle sentenze in materia di diritto civile, processuale civile, lavoro e penale è a cura dell'avv. Simone Ferrari

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)

STAMPA

GRAFICA VENETA S.p.A.

Via Malcantone, 2 - 35010 Trebaseleghe (PD)

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a:
domenica.distefano@wolterskluwer.com

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
Via Ostiense, 131/L - Palazzo Argonauta - Corpo C1 - 6° piano - 00154 Roma, Italy.

Telefono: 199.100.120

(costo massimo € 0,1449 al minuto da rete fissa senza scatto alla risposta e da rete mobile legato all'operatore utilizzato)

Fax: 199.100.150

e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti (cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.), è utile indicare il codice cliente.

ABBONAMENTO 2018

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 300,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 290,00 + IVA 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 600,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 290,00 (esente IVA)

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, oppure a mezzo PEC all'indirizzo: contact@wkicert.it.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/giurist, tablet e smartphone scaricando l'App Edicola professionale.

Le richieste potranno essere inoltrate alle Agenzie operanti sul territorio nazionale oppure a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a Wolters Kluwer Italia Srl - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745

- Conto corrente Bancario 615222314167

INTESASANPAOLO - AG. ROMA

intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

IBAN IT32K0306905070615222314167

Importante: indicare la causale del versamento

Servizio Clienti: tel. 02.824761 e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Milano, Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita.

Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, o inviando un fax al numero: 02.82.476.403



Indice sommario

Recentissime

Cassazione civile	Licenziamento: assenza per malattia ed espletamento di altra attività lavorativa Cassazione civile, Sez. lav., 13 marzo 2018, n. 6047	811
	Il contratto di locazione, registrato tardivamente, è sanato <i>ex tunc</i> Cassazione civile, Sez. III, 13 marzo 2018, n. 6009 (ordinanza)	812
	La trascrizione tardiva del matrimonio richiede la volontà di entrambi i coniugi Cassazione civile, Sez. I, 12 marzo 2018, n. 5894	813
	Revoca dell'assegno di mantenimento del figlio che ha compiuto trent'anni Cassazione civile, Sez. I, 12 marzo 2018, n. 5883 (ordinanza)	814
	Richiesta dei suoli ceduti al Comune di Roma per la variante non effettuata Cassazione civile, Sez. un., 9 marzo 2018, n. 5790	815
	Inderogabile la disposizione che attribuisce alla società il compenso dell'amministratore Cassazione civile, Sez. I, 7 marzo 2018, n. 5477	816
	La non iscrizione del giornalista nell'albo comporta la nullità del contratto di lavoro Cassazione civile, Sez. lav., 7 marzo 2018, n. 5386	817
	Recesso unilaterale dal contratto di appalto di servizi dopo l'inizio dell'esecuzione Cassazione civile, Sez. II, 7 marzo 2018, n. 5368	818
	I rivestimenti esterni dei balconi sono condominiali se hanno funzione estetica Cassazione civile, Sez. II, 2 marzo 2018, n. 5014	819
	È donazione indiretta il cointestare una somma di denaro presso una banca Cassazione civile, Sez. II, 28 febbraio 2018, n. 4682 (ordinanza)	820
Cassazione penale	Evasione dagli arresti domiciliari e irrilevanza dei motivi della condotta Cassazione penale, Sez. VI, 29 marzo 2018 (ud. 23 marzo 2018), n. 14032	822
	Confisca di prevenzione e beni acquisiti dopo la cessazione della pericolosità soggettiva Cassazione penale, Sez. II, 27 marzo 2018 (ud. 13 marzo 2018), n. 14165	823
	Patrocinio a spese dello Stato, compensi al difensore e inammissibilità della richiesta Cassazione penale, Sez. I, 26 marzo 2018 (ud. 14 marzo 2018), n. 14032	824
Consiglio di Stato	Offerta di carte di credito <i>revolving</i> e pratiche commerciali scorrette Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2018, n. 1670	825
	Trivellazioni nel mare adriatico e compatibilità ambientale Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 marzo 2018, n. 1487	827
	Principi di diritto dell'Adunanza plenaria e vincolo della <i>res iudicata</i> Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2	828
	Equo indennizzo nel P.I. e <i>compensatio lucri cum damno</i> Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1	829
Corti Europee	Clausole compromissorie in TBI conclusi tra Stati membri incompatibili con diritto UE Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 6 marzo 2018, C-284/16	831
	Contrarietà del marchio "La Mafia SE SIENTA A LA MESA" all'ordine pubblico Tribunale Unione Europea, Sez. IX, 15 marzo 2018, T-1/17	832
	Mancato accesso alla procedura di asilo in Grecia e assenza di un ricorso effettivo Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 15 marzo 2018, ricorso n. 39034/12 .	833

Diritto Civile

Maternità surrogata	Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12	835
	Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale di Francesca Romeo	
Responsabilità civile del medico	Cassazione penale, Sez. un., 22 febbraio 2018 (c.c. 21 dicembre 2017), n. 8770 . Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata", di Adolfo di Majo	841
Accertamento della residenza effettiva in Italia	Cassazione civile, Sez. I civ., 17 maggio 2017, n. 12380	844
	L'effettività della permanenza legale e l'acquisto della cittadinanza di Margherita Salvadori	
Contratti di consumo	Cassazione civile, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 10910	847
	Presunzione, onere della prova e giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali , di Giuliano Zanchi	

Indici

Nozione di consumatore	Cassazione civile, Sez. VI, 14 marzo 2017, n. 6634 (ordinanza) Consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore di Lucia Delogu	854
Contratto di locazione	Tribunale di Torino, 16 marzo 2017 Locazione e (risoluzione per) inadempimento di non scarsa importanza di Stefano Cherti	860
Diritto Processuale Civile		
Testimonianza del difensore	Cassazione civile, Sez. VI-1, 6 dicembre 2017, n. 29301 (ordinanza) Sulla compatibilità del difensore (non più tale) con l'ufficio di testimone di Giacinto Parisi	867
Giudicato implicito	Cassazione civile, Sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 25254 (ordinanza) I guasti del giudicato implicito , di Francesco Luiso	871
Termini processuali	Cassazione civile, Sez. VI, 14 settembre 2017, n. 21335 (ordinanza) L'art. 155, 4° e 5° comma c.p.c., e i termini a ritroso: una questione ancora aperta? , di Elisa Padovano	878
Esecuzione forzata	Tribunale Asti, 27 novembre 2017, n. 958 La riassunzione del processo esecutivo sospeso con ordinanza ex art. 649 c.p.c. di Dario Gramaglia	881
Diritto Commerciale		
Società	Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, causa C-106/16 Polbud palla al Centros! Cerchio chiuso con la libertà di trasferire la sede all'estero , di Luca Boggio	887
Denuncia al tribunale	Tribunale di Roma, Sez. spec. in materia di impresa, 15 dicembre 2017 Note e spunti critici in tema di denuncia al tribunale (art. 2409 c.c.) di Angelo Bertolotti	900
Responsabilità da direzione e coordinamento	Tribunale Milano, 4 maggio 2017 Attività di direzione per mezzo di un fondo comune di investimento di Roberto Formisani	906
Diritto del Lavoro		
Lavoro subordinato	Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2018, n. 836 Adempimento e inadempimento delle prestazioni nel contratto di lavoro subordinato , di Massimo Viceconte	910
Procedimento disciplinare	Cassazione civile, 6 ottobre 2017, n. 23408 Esiste un diritto di accesso alla documentazione nel procedimento disciplinare? di Federico D'Addio	913
Licenziamento disciplinare	Tribunale Forlì, 15 gennaio 2018 Ne bis in idem disciplinare: identità di fatto o di infrazione? , di Gianluca Lucchetti	919
Diritto Amministrativo		
Sanzioni per violazione del codice della strada	Cassazione civile, Sez. VI, 11 gennaio 2018, n. 533 (ordinanza) L'opposizione alle sanzioni amministrative per violazione del cod. strada post 2011 , di Alessandro Dario Cortesi	924
Abusi edilizi	Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 settembre 2017, n. 4547 Acquisizione gratuita dell'immobile abusivo da parte della pubblica amministrazione , di Alice Cascone	930
Ordinamento forense	TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 9 gennaio 2018, n. 150 Condizioni per la costituzione di elenchi chiusi di avvocati e disciplina delle tariffe per le attività forensi, secondo la giurisprudenza amministrativa di Federico Gaffuri	937
Diritto Penale		
Colpa medica "lieve"	Cassazione penale, Sez. un., 22 febbraio 2018 (c.c. 21 dicembre 2017), n. 8770 . Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico , di Lucia Risicato	944

Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali		
	Cassazione penale, Sez. VI, 28 dicembre 2017 (ud. 26 ottobre 2017), n. 57986 ..	954
	Tribunale di Roma, Sez. X, 16 ottobre 2017 (ud. 20 luglio 2017), n. 11730	955
	Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso	
	di Giuseppe Amarelli	

Diritto Processuale Penale

Sentenze straniere	Cassazione penale, Sez. VI, 23 gennaio 2018 (c.c. 22 novembre 2017), n. 3075 ..	966
	Riconoscimento di sentenze di altri Stati membri dell'UE: l'individuazione della fattispecie di reato , di Claudia Larinni	
Braccialetto elettronico	Cassazione penale, Sez. III, 9 gennaio 2018 (c.c. 12 dicembre 2017), n. 172	972
	Braccialetto elettronico senza richiesta da parte del PM: attenuazione del principio della domanda cautelare? , di Diletta Signori	

Percorsi di giurisprudenza

Assicurazioni sulla vita	Ambito di applicazione della disciplina sull'impignorabilità e insequestrabilità delle polizze vita	
	a cura di Albina Candian e Sara Landini	980

Dottrina e attualità giuridiche

Lavoro alle dipendenze della p.a.	Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "Riforma Madia"	
	a cura di Alessandro Bellavista e Alessandro Garilli	985

Indice degli autori

- Giuseppe Amarelli**, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, 956.
- Alessandro Bellavista**, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, 1005.
- Angelo Bertolotti**, *Note e spunti critici in tema di denuncia al tribunale (art. 2409 c.c.)*, 902.
- Luca Boggio**, *Polbud: palla al Centros! Cerchio chiuso con la libertà di trasferire la sede all'estero*, 887.
- Albina Candian (e Sara Landini)**, *Ambito di applicazione della disciplina sull'impignorabilità e insequestrabilità delle polizze vita*, 980.
- Alice Cascone**, *Acquisizione gratuita dell'immobile abusivo da parte della pubblica amministrazione*, 931.
- Stefano Cherti**, *Locazione e (risoluzione per) inadempimento di non scarsa importanza*, 862.
- Alessandro Dario Cortesi**, *L'opposizione alle sanzioni amministrative per violazione del cod. strada post 2011*, 925.
- Federico D'Addio**, *Esiste un diritto di accesso alla documentazione nel procedimento disciplinare?*, 914.
- Cinzia De Marco**, *Utilizzo dei contratti flessibili e stabilizzazione del personale precario*, 999.
- Lucia Delogu**, *Consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore*, 855.
- Adolfo di Majo**, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, 841.
- Roberto Formisani**, *Attività di direzione per mezzo di un fondo comune di investimento*, 908.
- Alessia Gabriele**, *La valutazione della performance nella "Quarta" riforma del lavoro pubblico*, 1029.
- Federico Gaffuri**, *Condizioni per la costituzione di elenchi chiusi di avvocati e disciplina delle tariffe per le attività forensi, secondo la giurisprudenza amministrativa*, 938.
- Alessandro Garilli**, *Breve storia di una riforma incompiuta*, 985.
- Dario Gramaglia**, *La riassunzione del processo esecutivo sospeso con ordinanza ex art. 649 c.p.c.*, 883.
- Sara Landini (e Albina Candian)**, *Ambito di applicazione della disciplina sull'impignorabilità e insequestrabilità delle polizze vita*, 980.
- Claudia Larinni**, *Riconoscimento di sentenze di altri Stati membri dell'UE: l'individuazione della fattispecie di reato*, 967.
- Gianluca Lucchetti**, *Ne bis in idem disciplinare: identità di fatto o di infrazione?*, 920.
- Francesco Luiso**, *I guasti del giudicato implicito*, 876.
- Massimiliano Marinelli**, *Incompatibilità ed incarichi*, 1014.
- Id.**, *Il procedimento disciplinare*, 1016.
- Marina Nicolosi**, *Il licenziamento disciplinare, tra marketing politico e coerenza sistematica*, 1021.
- Elisa Padovano**, *L'art. 155, 4° e 5° comma c.p.c., e i termini a ritroso: una questione ancora aperta?*, 878.
- Giacinto Parisi**, *Sulla compatibilità del difensore (non più tale) con l'ufficio di testimone*, 867.
- Alessandro Riccobono**, *Reclutamento e fabbisogni di personale dopo il D.Lgs. n. 75/2017*, 992.
- Lucia Risicato**, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, 948.
- Francesca Romeo**, *Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*, 835.
- Margherita Salvadori**, *L'effettività della permanenza legale e l'acquisto della cittadinanza*, 845.
- Diletta Signori**, *Bracciale elettronico senza richiesta da parte del PM: attenuazione del principio della domanda cautelare?*, 973.
- Massimo Viceconte**, *Adempimento e inadempimento delle prestazioni nel contratto di lavoro subordinato*, 911.
- Giuliano Zanchi**, *Presunzione, onere della prova e giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali*, 848.

Indice dei provvedimenti

Corti europee	n.	pag.	Sez. II	27 marzo 2018	14165	823
				(ud. 13 marzo 2018)		
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA			Sez. I	26 marzo 2018	14032	824
Gr. Sez.	6 marzo 2018	C-284/16		(ud. 14 marzo 2018)		
Gr. Sez.	25 ottobre 2017	C-106/16	Sez. un.	22 febbraio 2018	8770	944
				(c.c. 21 dicembre 2017)		
TRIBUNALE			Sez. VI	23 gennaio 2018	3075	966
U.E.	15 marzo 2018	T-1/17		(c.c. 22 novembre 2017)		
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO			Sez. III	9 gennaio 2018	172	972
Sez. I	15 marzo 2018	39034/12		(c.c. 12 dicembre 2017)		
Gr. C	24 gennaio 2017	25358/12	Sez. VI	28 dicembre 2017	57986	954
				(ud. 26 ottobre 2017)		
Cassazione civile	n.	pag.	Consiglio di Stato	n.	pag.	
Sez. lav.	13 marzo 2018	6047	Sez. VI	16 marzo 2018	1670	825
Sez. III	13 marzo 2018	6009 (ord.)	Sez. IV	8 marzo 2018	1487	827
Sez. I	12 marzo 2018	5894	Ad. plen.	23 febbraio 2018	2	828
Sez. I	12 marzo 2018	5883 (ord.)	Ad. plen.	23 febbraio 2018	1	829
Sez. un.	9 marzo 2018	5790	Sez. IV	29 settembre 2017	4547	930
Sez. I	7 marzo 2018	5477				
Sez. lav.	7 marzo 2018	5386	Tribunali	n.	pag.	
Sez. II	7 marzo 2018	5368	Forlì	15 gennaio 2018		919
Sez. II	2 marzo 2018	5014	Roma	15 dicembre 2017		900
Sez. II	28 febbraio 2018	4682 (ord.)	Asti	27 novembre 2017	958	881
Sez. lav.	16 gennaio 2018	836	Roma	16 ottobre 2017	11730	955
Sez. VI	11 gennaio 2018	533 (ord.)	Milano	4 maggio 2017		906
Sez. VI-1	6 dicembre 2017	29301 (ord.)	Torino	16 marzo 2017		860
Sez. VI	25 ottobre 2017	25254 (ord.)				
	6 ottobre 2017	23408	TAR	n.	pag.	
Sez. VI	14 settembre 2017	21335 (ord.)	Roma	9 gennaio 2018	150	937
Sez. I civ.	17 maggio 2017	12380				
Sez. III	5 maggio 2017	10910				
Sez. VI	14 marzo 2017	6634 (ord.)				
Cassazione penale	n.	pag.				
Sez. VI	29 marzo 2018	14032				
	(ud. 23 marzo 2018)					

Indice analitico

Adozione

- Procreazione assistita – Divieto di maternità surrogata – Allontanamento definitivo dai genitori committenti – Conformità art. 8 CEDU – Superiore interesse del minore – Ordine pubblico (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12); 835.

Ambiente

- Attività di prospezione e ricerca di gas nel mare Adriatico attraverso la tecnica c.d. "air gun" – Compatibilità ambientale dei relativi interventi – Presupposti e condizioni (Cons. di Stato, Sez. IV, 8 marzo 2018, n. 1487); 827.

Associazione di tipo mafioso

- Associazione per delinquere – Estrinsecazione della forza di intimidazione, controllo del territorio e alto numero di componenti – Non necessità di una revisione e taratura periodica del sistema di rilevamento di velocità – Illegittimità in relazione alla sent. della Corte cost. n. 113/2015 (Cass. civ., Sez. VI, 11 gennaio 2018, n. 533); 924.
- Associazione per delinquere – Reati contro la p.a. senza violenza o minaccia – Esclusione – Estrinsecazione della forza di intimidazione ed assoggettamento ed omertà – Necessarietà di accertamento in concreto (Trib. di Roma, Sez. X, 16 ottobre 2017 (ud. 20 luglio 2017), n. 11730); 955.

Circolazione stradale

- Infrazioni stradali – Multa per eccesso di velocità rilevato mediante autovelox – Rigetto dell'opposizione – Sentenza che afferma la non necessità di una revisione e taratura periodica del sistema di rilevamento di velocità – Illegittimità in relazione alla sent. della Corte cost. n. 113/2015 (Cass. civ., Sez. VI, 11 gennaio 2018, n. 533); 924.
- Infrazioni stradali – Opposizioni – Proposte dopo il 10 settembre 2011 – Sono disciplinate dal D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150 – Rito del lavoro – Applicabilità (Cass. civ., Sez. VI, 11 gennaio 2018, n. 533); 924.

Cittadinanza

- Art. 4, 2° comma, L. n. 91 del 1992 – Straniero nato in Italia – Residente fino al raggiungimento della maggiore età – Acquisizione della cittadinanza italiana – Effettività della residenza in Italia – Irrilevanza dell'iscrizione anagrafica tardiva – Legalità della permanenza (Cass. civ., Sez. I civ., 17 maggio 2017, n. 12380); 844.

Competenza e giurisdizione civile

- Cessione gratuita di suoli condizionata ad una variante – Richiesta delle somme versate (Cass. civ., Sez. un., 9 marzo 2018, n. 5790); 815.
- Regolamento di competenza – In genere (Cass. civ., Sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 25254 (ord.)); 871.

Comunione e condominio

- Parti comuni – Spese del condominio (Cass. civ., Sez. II, 2 marzo 2018, n. 5014); 819.

Consumatore (Tutela del)

- Lavoro dipendente – Recupero crediti di lavoro – Qualità di professionista – Esclusione (Cass. civ., Sez. VI, 14 marzo 2017, n. 6634 (ord.)); 854.
- Offerta ai clienti da parte di una catena commerciale di una carta di credito revolving – Presupposti e condizioni per configurare una pubblicità ingannevole (D.Lgs. n. 206/2005, artt. 20 e segg.) (Cons. di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2018, n. 1670); 825.
- Persona fisica – Qualità di consumatore – Attività professionale autonoma – Esclusione (Cass. civ., Sez. VI, 14 marzo 2017, n. 6634 (ord.)); 854.

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU)

- Termine di sei mesi per adire la Corte EDU (art. 35 CEDU)

- Diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU) – Proibizione della tortura (art. 3 CEDU) – Principio di non-refoulement – Accesso alla procedura d'asilo – Garanzie procedurali (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 15 marzo 2018, ricorso n. 39034/12); 833.

Danni patrimoniali e non patrimoniali

- Danni alla persona dipendenti da causa di servizio – Equo indennizzo – Detraibilità dall'importo liquidabile ai fini del ristoro del danno non patrimoniale alla salute – *Compensatio lucri cum damno* (Cons. di Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1); 829.

Difensori (nel processo penale)

- Patrocinio dei non abbienti – Liquidazione compensi – Giudice dell'esecuzione – Richiesta annullamento o sospensione ordine carcerazione – Inammissibilità – Carenza interesse sopravvenuta – Compenso al difensore – Spettanza – Esclusione – Ragioni (Cass. pen., Sez. I, 26 marzo 2018 (ud. 14 marzo 2018), n. 14032); 824.

Donazione

- Diretta e indiretta – Diverso regime formale (Cass. civ., Sez. II, 28 febbraio 2018, n. 4682 (ord.)); 820.

Edilizia e urbanistica

- Immobile abusivo – Ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio della pubblica amministrazione – Ricorso avverso di essa senza previa impugnazione dell'ordinanza di demolizione – Inammissibilità – Inefficacia nei confronti del proprietario estraneo all'abuso (Cons. di Stato, Sez. IV, 29 settembre 2017, n. 4547); 930.

Esecuzione forzata

- Sospensione disposta dal giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo – Rigetto dell'opposizione – Riassunzione del processo esecutivo – Termine – Estinzione per inattività delle parti (Trib. Asti, 27 novembre 2017, n. 958); 881.

Giornale e giornalista

- Contratto individuale di lavoro – Iscrizione all'Albo (Cass. civ., Sez. lav., 7 marzo 2018, n. 5386); 817.

Lavoro e previdenza (controversie)

- Licenziamento disciplinare – *Ne bis in idem* – Violazione – Sopravvenuta sentenza penale di condanna – Irrilevanza in mancanza di nuovi fatti materiali (Trib. Forlì, 15 gennaio 2018); 919.
- Licenziamento disciplinare – *Ne bis in idem* – Violazione – Applicazione art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300 (Trib. Forlì, 15 gennaio 2018); 919.
- Licenziamento disciplinare – *Ne bis in idem* – Violazione – Rilevanza esclusiva del fatto in senso materiale (Trib. Forlì, 15 gennaio 2018); 919.

Lavoro subordinato

- Declassamento – *Exceptio inadimpleti* – Condizioni (Cass. civ., Sez. lav., 16 gennaio 2018, n. 836); 910.
- Licenziamento – Assenza per malattia – Espletamento di altra attività lavorativa nel periodo di assenza – Serata organizzata per la festa Madonna del Carmelo (Cass. civ., Sez. lav., 13 marzo 2018, n. 6047); 811.
- Procedimento disciplinare – Art. 7, L. n. 300/1970 – Obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione la documentazione relativa ai fatti contestati – Insussistenza – Richiesta espressa della documentazione da parte del lavoratore – Esercizio diritto di difesa – Correttezza e buona fede (Cass. civ., 6 ottobre 2017, n. 23408); 913.

Locazione

- Contratto – Inadempimento – Inadempimento di non scarsa

- importanza – Risoluzione del contratto (Trib. di Torino, 16 marzo 2017); 860.
- Contratto – Nullità per omessa registrazione *ex* L. n. 311/2004 – Sanatoria *ex tunc* per registrazione tardiva (Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 2018, n. 6009 (ord.)); 812.
- Matrimonio e divorzio**
- Matrimonio canonico – Trascrizione agli effetti civili – Tempistica entro cinque giorni – Posteriore richiede la volontà dei coniugi (Cass. civ., Sez. I, 12 marzo 2018, n. 5894); 813.
- Misure cautelari personali**
- Delitti contro l’Autorità delle decisioni giudiziarie – Evasione – Allontanamento dagli arresti domiciliari – Situazione di conflitto con familiari conviventi – Previo avviso alle Forze dell’ordine – Irrilevanza – Dolo – Sussistenza – Ragioni (Cass. pen., Sez. VI, 29 marzo 2018 (ud. 23 marzo 2018), n. 14032); 822.
 - Natura del braccialetto elettronico – Assenza di richiesta da parte del pubblico ministero – Principio della domanda cautelare (Cass. pen., Sez. III, 9 gennaio 2018 (c.c. 12 dicembre 2017), n. 172; 972
- Obbligazioni e contratti**
- Appalto di servizi – Recesso unilaterale (Cass. civ., Sez. II, 7 marzo 2018, n. 5368); 818.
 - Clausole abusive o vessatorie – Presunzione di vessatorietà (Cass. civ., Sez. III, 5 maggio 2017, n. 10910); 847.
- Processo amministrativo**
- Rimessione all’Ad. plen. in funzione nomofilattica (art. 99 c. p.a.) – Enunciazione di un principio di diritto – Inidoneità a determinare un vicolo di giudicato (Cons. di Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2); 828.
- Processo civile**
- Termini processuali – Computo dei termini “a ritroso” – Applicabilità dell’art. 155, 4° e 5° comma, c.p.c (Cass. civ., Sez. VI, 14 settembre 2017, n. 21335 (ord.)); 878.
- Professioni**
- Avvocati – Regolamento adottato da un ente pubblico – Per la costituzione di un elenco di avvocati (c.d. “*short list*”) cui affidare gli incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio – Legittimità (TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 9 gennaio 2018, n. 150); 937.
 - Avvocati – Regolamento adottato da un ente pubblico – Previsione di compensi ridotti rispetto ai parametri stabiliti dal D.M. n. 55/2014 e di un tetto massimo ai compensi riconoscibili agli avvocati iscritti nella “*short list*” – Legittimità (TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 9 gennaio 2018, n. 150); 938.
- Prova in genere (in materia civile)**
- Prova testimoniale civile – Difensore – Rinuncia al mandato – Incompatibilità – Non sussiste (Cass. civ., Sez. VI-1, 6 dicembre 2017, n. 29301 (ord.)); 867.
- Reati contro la persona**
- Responsabilità penale del personale sanitario – Successione di leggi penali – Perdurante rilevanza scusante della sola imperizia “lieve” – Individuazione della legge più favorevole (Cass. pen., Sez. un., 22 febbraio 2018 (c.c. 21 dicembre 2017), n. 8770); 944.
- Responsabilità civile**
- Cause di una punibilità per imperizia – Estensione – Obbligazione di mezzi e di risultato (Cass. pen., Sez. un., 22 febbraio 2018 (c.c. 21 dicembre 2017), n. 8770); 841.
- Rinvio pregiudiziale**
- Trattato bilaterale d’investimento concluso nel 1991 tra il

Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca e tuttora applicabile tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica slovacca – Disposizione che consente a un investitore di una parte contraente di adire un collegio arbitrale in caso di controversia con l’altra parte contraente – Compatibilità con gli artt. 18, 267 e 344 TFUE – Nozione di “giurisdizione” – Autonomia del diritto dell’Unione (Corte di giust. dell’Unione Europea, Grande Sezione, 6 marzo 2018, C-284/16); 831.

Sentenza penale straniera

- Rapporti giurisdizionali con autorità straniera – Mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri dell’UE – Qualificazione giuridica del fatto di reato (Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 2018 (c.c. 22 novembre 2017), n. 3075); 966.

Separazione dei coniugi

- Mantenimento del coniuge e dei figli – Assegno a figlio con età superiore a trent’anni – Revoca (Cass. civ., Sez. I, 12 marzo 2018, n. 5883 (ord.)); 814.

Sicurezza pubblica

- Misure di prevenzione – Confisca – Pericolosità sociale – Determinazione puntuale del periodo – Beni successivamente acquistati – Rilevanza – Condizioni (Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 2018 (ud. 13 marzo 2018), n. 14165); 823.

Società

- Amministratori – Compensi – Determinazione della società – Inderogabilità (Cass. civ., Sez. I, 7 marzo 2018, n. 5477); 816.
- Intermediazione finanziaria – Società di gestione del risparmio – Fondi comuni di investimento – Esercizio di attività di direzione e coordinamento – Responsabilità (Trib. Milano, 4 maggio 2017); 906.
- Libertà di stabilimento – Trasformazione transfrontaliera di una società – Trasferimento della sede legale – Normativa nazionale che subordina la cancellazione dal registro delle imprese allo scioglimento della società in esito ad una procedura di liquidazione – Diniego di cancellazione – Contrasto con TFUE (Corte di giust. dell’Unione Europea, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, causa C-106/16); 887.
- Libertà di stabilimento – Trasformazione transfrontaliera di una società – Trasferimento della sede legale senza trasferimento della sede effettiva – Applicabilità (Corte di giust. dell’Unione Europea, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, causa C-106/16); 887.
- Società per azioni – Denuncia al tribunale – Condizioni e requisiti (Trib. di Roma, Sez. spec. in materia di impresa, 15 dicembre 2017); 900.
- Società per azioni – Denuncia al tribunale – Mancata adozione del “modello 231” (Trib. di Roma, Sez. spec. in materia di impresa, 15 dicembre 2017); 900.
- Società per azioni – Denuncia al tribunale – Sostituzione degli amministratori – Conseguenze (Trib. di Roma, Sez. spec. in materia di impresa, 15 dicembre 2017); 900.
- Società per azioni – Denuncia al tribunale – Sostituzione degli amministratori – Legittimazione passiva (Trib. di Roma, Sez. spec. in materia di impresa, 15 dicembre 2017); 900.

Unione Europea

- Marchio – Procedimento di dichiarazione di nullità – Marchio figurativo dell’Unione europea La Mafía SE SIENTA A LA MESA – Impedimento assoluto alla registrazione – Contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume – Art. 7, par. 1, lett. f), Reg. (CE) n. 207/2009 [divenuto art. 7, par. 1, lett. f), Reg. (UE) 2017/1001] (Trib. Unione Europea, Sez. IX, 15 marzo 2018, T-1/17); 832.

COMMENTARIO BREVE AL DIRITTO DELL'ARBITRATO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE

di M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO

€ 140

Cod. 00217558

Il Commentario breve affronta la materia a 360°, nella duplice veste dell'arbitrato nazionale ed internazionale: il primo applicabile ove la sede dell'arbitrato sia in Italia e qualora il diritto processuale italiano sia stato oggetto di richiamo nella convenzione arbitrale, il secondo applicabile a qualsiasi procedimento arbitrale 'commerciale', scelto contrattualmente o che presenti elementi di contatto con una pluralità di ordinamenti giuridici. La seconda edizione è aggiornata alle più recenti novità normative e giurisprudenziali ed è arricchita con gli aspetti fiscali e le particolari declinazioni che assume l'arbitrato quando riguarda l'ambito sportivo.



Recentissime Cassazione civile

a cura di Paolo e Vincenzo Carbone

Licenziamento: assenza per malattia ed espletamento di altra attività lavorativa

Cassazione civile, Sez. lav., 13 marzo 2018, n. 6047 – Pres. Di Cerbo – Rel. Tricomi – P.G. Celentano (conf.) – Ansaldo s.p.a. c. G.A.

Lavoro subordinato – Licenziamento – Assenza per malattia – Espletamento di altra attività lavorativa nel periodo di assenza – Serata organizzata per la festa Madonna del Carmelo

La questione: l'espletamento di altra attività lavorativa da parte del dipendente, assente per malattia, è idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, ove tale attività esterna, prestata per la festa della Madonna del Carmelo, sia di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione. Inoltre, lo svolgimento di attività extralavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce illecito disciplinare non solo se da tale comportamento deriva un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro, ma anche se la ripresa è messa in pericolo dalla condotta imprudente.

Il fatto. La Corte d'Appello di Genova, con la sentenza n. 411/2012, ha accolto il reclamo proposto, ai sensi della L. n. 92/2012, art. 1, 58° comma, da G.A. nei confronti della Ansaldo spa, in ordine alla sentenza con la quale il Tribunale di Genova aveva respinto l'opposizione del lavoratore all'ordinanza con la quale lo stesso giudice aveva accolto il ricorso della società datrice di lavoro e aveva rigettato la domanda del lavoratore di annullamento del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro. L'Ansaldo spa aveva adito il Tribunale chiedendo che fosse dichiarata la legittimità del licenziamento per giusta causa intimato al G. per il comportamento tenuto nella serata del 17.7. mentre lo stesso era assente per malattia.

La Corte d'Appello in riforma della sentenza resa tra le parti dal Tribunale di Genova ha annullato il licenziamento intimato dalla società Ansaldo spa al lavoratore, e ha condannato la società datrice di lavoro a reintegrare il G. nel posto di lavoro e a corrispondergli un'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità dall'ultima retribuzione globale di fatto, e a versare i contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione, oltre interessi. Per la cassazione della sentenza resa in grado di appello ricorre la società Ansaldo STS spa. Resiste con controricorso G.A.

La decisione. La condotta di aver partecipato come concertista alla festa della Madonna del Carmelo, contestata al lavoratore è stata posta in essere il 17 luglio nel periodo in cui lo stesso era in malattia con prognosi di quattro giorni dal 15 luglio a tutto il 18 luglio 2014, riprendendo servizio il 19 luglio 2014, al termine del suddetto periodo.

La società Ansaldo irrogava il licenziamento, in ragione della seguente contestazione: "La scrivente società è venuta a conoscenza che nel periodo di sua assenza dal servizio, ella si è esibito in pubblico in una serata organizzata per la festa Madonna del Carmelo", svolgendo attività di concertista unitamente ad altre persone. Inoltre è emerso che tale impegno da concertista è stato pubblicizzato sulla stampa

locale e di settore. Il comportamento descritto configura una violazione degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro con la società e dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. per aver durante il suo asserito stato di malattia svolto il concerto rischiando di compromettere e/o aggravare e/o ritardare la guarigione dal suo asserito stato di malattia.

Ricorre la s.p.a. Ansaldo contestando che il lavoratore, durante la malattia si deve adoperare affinché non venga ritardata la guarigione. Ciò comporta che debba astenersi da ogni attività, che possa compromettere la guarigione, non rilevando che ciò poi non sia accaduto.

Gli effetti. Le doglianze sono fondate. Lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore.

Inoltre, l'espletamento di attività extralavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce illecito disciplinare non solo se da tale comportamento deriva un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa è solo messa in pericolo dalla condotta imprudente, con una valutazione di idoneità che deve essere svolta necessariamente ex ante, rapportata al momento in cui il comportamento viene realizzato.

L'impugnata sentenza risulta affetta dai vizi denunciati nella parte in cui non ha operato, nel rispetto dell'onere probatorio che grava sul lavoratore, il giudizio di verifica della conformità a correttezza e buona fede della condotta

contestata al lavoratore rispetto all'obbligo di cautela gravante sul lavoratore.

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata

in ordine ai motivi accolti e rinvia alla Corte d'Appello di Genova in diversa composizione.

Il contratto di locazione, registrato tardivamente, è sanato *ex tunc*

Cassazione civile, Sez. III, 13 marzo 2018, n. 6009 (ordinanza) – Pres. Chiarini – Rel. Moscarini – M.G.P. c. C.D.E.

Locazione – Contratto – Nullità per omessa registrazione ex L. n. 311/2004 – Sanatoria ex tunc per registrazione tardiva

La questione: sebbene l'omessa registrazione del contratto di locazione di immobili ad uso abitativo o diverso ne comporti la nullità ex L. n. 311/2004, la registrazione tardiva comporta la sanatoria dello stesso con la produzione dei suoi effetti con decorrenza *ex tunc*.

Il fatto. M.G.P., conduttore, ricorre per cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Cagliari del 7 luglio 2014 n. 434 che, a conferma della sentenza del Trib. Lanusei n. 457/2013, ha rigettato l'appello dal medesimo proposto.

All'origine del giudizio il M. propose opposizione tardiva ai sensi dell'art. 668 c.p.c. avverso l'ordinanza di convalida dello sfratto per morosità emessa in data 18 luglio 2013 nonché opposizione al decreto ingiuntivo emesso in pari data, con il quale era stato ingiunto il pagamento in favore degli eredi del D., locatore, S.A.M. e D.E., della somma di Euro 33.800,00 a titolo di canoni non pagati in relazione al contratto di locazione ad uso diverso stipulato nel febbraio 2010. Si oppose all'ordinanza di convalida per morosità non solo invocando il diverso giudizio di risoluzione per inadempimento del locatore ma anche eccependo la nullità originaria del contratto di locazione per mancanza della registrazione e la conseguente debenza dei canoni per il solo periodo successivo alla registrazione medesima. Il Tribunale, verificata la validità della notifica, dichiarò l'inammissibilità dell'opposizione. La Corte d'Appello di Cagliari, adita dal M., ha confermato che sia l'ordinanza di convalida dello sfratto sia il decreto ingiuntivo, emesso contestualmente, fossero stati ricevuti personalmente a mani del M., sì da ritenere perfettamente perfezionata la notifica. Quanto alla pretesa illegittimità della sentenza di primo grado che si sarebbe limitata a pronunciare sull'opposizione alla convalida di sfratto omettendo di pronunciarsi espressamente sull'opposizione a decreto ingiuntivo e sulla domanda riconvenzionale, la Corte d'Appello, pur rilevando che i due procedimenti erano distinti, ha analizzato il contenuto per quel che ancora interessa, ha respinto l'opposizione al decreto ingiuntivo rilevando che la registrazione tardiva del contratto non ne determina la nullità, ma opera come condizione di efficacia sospensiva che, una volta verificatasi, retroagisce al momento della stipulazione del contratto (art. 1360, 1° comma, c.c.) rendendolo pienamente efficace fin dalla sua stipulazione, sì da far ritenere dovuti tutti i canoni di locazione maturati. Infatti, ha aggiunto la Corte di merito, la norma di cui alla L. n. 311/2004, art. 1, 346° comma ha natura tributaria e l'inadempimento alla medesima non determina la nullità del contratto, come è confermato anche dallo statuto del contribuente (L. n. 212/2000, art. 10, 3° comma, ultimo periodo), che l'art. 342 della precitata legge finanziaria ha confermato prevedendo che: "... in caso di omessa registrazione si presume, salva documentata prova contraria, l'esistenza del rapporto di locazione anche per i quattro periodi

di imposta antecedenti quello nel corso del quale è accertato il rapporto stesso". Ed invero, se secondo questa norma si presume l'esistenza e la validità del contratto di locazione non registrato nei quattro anni precedenti l'accertamento, non sarebbe ragionevole negare tale validità retroattiva in caso di registrazione spontanea.

Ricorre per cassazione M.G.P. Resistono con controricorso S.A.M. e D.E.

La decisione. La decisione ha seguito la decisione delle Sezioni Unite che ha regolato il caso del contratto di locazione nullo per mancata registrazione, statuendo che (Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, che ha confermato Cass., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10498) il contratto di locazione di immobili, sia ad uso abitativo che ad uso diverso, contenente "ab origine" l'indicazione del canone realmente pattuito, ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi della L. n. 311/2004, art. 1, 346° comma, ma, in caso di tardiva registrazione, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza "*ex tunc*", atteso che il riconoscimento di una sanatoria "per adempimento" è coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) "per inadempimento" all'obbligo di registrazione.

Il ricorrente censura l'impugnata sentenza nella parte in cui la medesima ha ritenuto che la registrazione del contratto costituisca un adempimento estrinseco e successivo alla formazione del sinallagma contrattuale e che vada qualificata quale *condicio iuris*, poco conciliabile con la sanzione di nullità del contratto per omessa registrazione. Conseguenzialmente con riferimento alla registrazione tardiva rispetto al termine previsto dalla legislazione tributaria, la norma in esame non prevede sanzioni sul piano sostanziale sì da non poter essere equiparata all'ipotesi dell'omessa registrazione. Peraltro l'espressione "nullità" priva di una qualche specificazione, indica una generica improduttività degli effetti che può avere anche carattere temporaneo, come confermato dall'art. 10 del c.d. "statuto del contribuente" secondo il quale la violazione di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto. Ancora il 346° comma dell'art. 1 della legge finanziaria del 2005 riconosce la validità del rapporto di locazione anche per un periodo precedente l'accertamento tributario, sicché è difficile comprendere perché questa validità per periodi precedenti non dovrebbe operare nel caso di registrazione pur tardiva, ma spontanea.

Gli effetti. Da quanto esposto in precedenza i "motivi" di

ricorso sono tutti contrastanti con l'ormai consolidato orientamento di questa Corte, sicché devono essere tutti rigettati perché infondati. Né il tempo di conclusione del contratto de *quo agitur* può indurre a conclusioni contrarie in quanto il contratto è stato stipulato nel 2010 e ad esso è inapplicabile la successiva normativa del 14 marzo 2011, n. 23 che, peraltro, sul punto relativo agli effetti della registrazione tardiva del contratto non appare diversa (si veda sul punto Cass., Sez. VI – III, 6 settembre 2017, “In tema di locazione immobiliare, la mancata registrazione del contratto determina, ai sensi della L. n. 311/2004, art. 1, 346° comma, una nullità per violazione di norme imperative *ex art.* 1418 c.c., la quale, in ragione della sua atipicità, desu-

mibile dal complessivo impianto normativo in materia ed in particolare dalla espressa previsione di forme di sanatoria nella legislazione succedutasi nel tempo e dall'istituto del ravvedimento operoso, risulta sanata con effetti “*ex tunc*” dalla tardiva registrazione del contratto stesso, implicitamente ammessa dalla normativa tributaria, coerentemente con l'esigenza di contrastare l'evasione fiscale e, nel contempo, di mantenere stabili gli effetti negoziali voluti dalle parti, nonché con il superamento del tradizionale principio di non interferenza della normativa tributaria con gli effetti civilistici del contratto, progressivamente affermatosi a partire dal 1998”). Conclusivamente il ricorso deve essere rigettato.

La trascrizione tardiva del matrimonio richiede la volontà di entrambi i coniugi

Cassazione civile, Sez. I, 12 marzo 2018, n. 5894 – Pres. Tirelli – Rel. Nazzicone – P.G. De Renzis (diff.) – R.D. c. I.M.

Matrimonio e divorzio – Matrimonio canonico – Trascrizione agli effetti civili – Tempestiva entro cinque giorni – Posteriore richiede la volontà dei coniugi

La questione: sono previste due distinte ipotesi di trascrizione civile del matrimonio canonico: la prima richiesta tempestivamente, entro cinque giorni dalla celebrazione del matrimonio; l'altra richiesta posteriormente, che ritenendo non più presunta la volontà dei coniugi di ottenere gli effetti civili, prevede una nuova manifestazione di volontà, costituita dall'apposita richiesta di trascrizione, presentata dai due contraenti o anche da uno solo, ma con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro. La conoscenza e la non opposizione prevista dall'art. 8, L. 25 marzo 1985, n. 121 garantisce che gli effetti civili, inizialmente non voluti, si colleghino al volere di entrambi i coniugi.

Il fatto. R.D. conviene in giudizio I.N. ed il Comune di Roma, chiedendo: 1) la declaratoria di nullità o l'annullamento del matrimonio canonico celebrato tra la convenuta e l'avv. R.A., fratello dell'istante, per mancanza di valido consenso al momento del matrimonio, con l'accertamento della nullità della relativa trascrizione; 2) l'accertamento della nullità o l'annullamento dell'atto di trascrizione del matrimonio operata *post mortem*, a causa della incapacità naturale del medesimo al momento della prestazione del consenso, con ordine all'ufficiale di stato civile di correggere gli atti ed annotare la sentenza margine dell'atto di matrimonio; 3) l'accertamento della circostanza che i propri diritti successori non potessero esserne comunque pregiudicati.

R.D. dedusse che il fratello era deceduto dopo un ricovero in ospedale in terapia intensiva, presentando un quadro clinico di “stato soporoso” nonché “sensorio obnubilato, orientamento assente, risposta verbale assente”, e di avere appreso che il (*Omissis*), alle ore 8,30, il R. aveva contratto matrimonio concordatario con I.N. presso la cappella dell'ospedale, senza preventive pubblicazioni, perché “in pericolo di vita”. La trascrizione del matrimonio, richiesta dalla sola I. (*Omissis*), ma dapprima rifiutata dall'ufficiale di stato civile, era stata eseguita il 1° agosto 2006, dopo il decesso dello sposo, su ordine dello stesso tribunale emesso il 10 aprile 2006.

Il Trib. Roma con sentenza 30 marzo 2010 respinge tutte le domande. La Corte d'appello di Roma con sentenza del 3 luglio 2014 dichiara inammissibili le domande di annullamento del decreto in data 10 aprile 2006, confermando la decisione impugnata. Per la cassazione di questa sentenza propone ricorso R.D. L'intimata ha depositato il controrricorso.

La decisione. La ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione della L. n. 121/1985, art. 8, 6° comma, per avere la corte territoriale dichiarato integrate tutte le condizioni previste dalla legge per la trascrizione tardiva del matrimonio, al contrario avvenuta senza conoscenza dell'altro coniuge. La trascrizione del matrimonio canonico con effetti civili, o matrimonio concordatario è disciplinato, quanto ai presupposti in base ai quali esso può ottenere tali effetti nell'ordinamento, dalla L. 25 marzo 1985, n. 121, entrata in vigore il 3 giugno 1985 con lo scambio degli strumenti di ratifica. Si precisa, al 6° comma che la trascrizione può essere effettuata “anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi.

Nella specie, contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di eseguire la trascrizione è stato proposto ricorso al tribunale che ha provveduto in camera di consiglio. sentito il pubblico ministero. La trascrizione può dunque avvenire su ordine dell'autorità giudiziaria ordinaria, in sede di volontaria giurisdizione, con l'intervento del pubblico ministero, cui spetta la tutela dell'interesse pubblico al rispetto della legalità in materia di stato civile. Si tratta di un procedimento camerale, che segue le regole generali degli artt. 737 e 742 *bis* c.p.c., di natura unilaterale, posto che solo il soggetto (o i soggetti, quale parte unitaria) che abbia visto respinta la richiesta di trascrizione propone il ricorso al giudice. Né il rifiuto dell'annotazione da parte dell'ufficiale di stato civile rende quest'ultimo parte del giudizio di accertamento da lui reso necessario.

In conclusione, la conoscenza e la non opposizione deb-

bano essere verificate come risalenti al momento della richiesta di trascrizione, sulla base della volontà in concreto manifestata dal soggetto a tale momento.

Nella specie la trascrizione tardiva del matrimonio è stata impugnata perché gli effetti civili, inizialmente non voluti, non potevano collegarsi alla volontà del coniuge ammalato incapace e deceduto.

Gli effetti. In altri termini, una volta eseguita la trascrizione, è ammessa l'azione contenziosa, con instaurazione di un giudizio ordinario, volta all'accertamento della nullità di quella trascrizione, ove eseguita fuori dalle condizioni previste dalla legge: in particolare, ove la trascrizione eseguita tardivamente sia avvenuta senza il rispetto dei requisiti del consenso di entrambe le parti. L'esistenza del decreto di autorizzazione alla trascrizione, assunto in sede di giurisdizione volontaria non è preclusiva dell'azione di annullamento dell'atto di trascrizione, esperita in sede contenziosa. La sentenza di annullamento della trascrizione conterrà l'ordine di cancellazione della medesima dai registri dello stato civile.

La giurisprudenza ha già ritenuto che, anche in presenza di un provvedimento camerale, il giudice del processo civile contenzioso possa verificare se il provvedimento sia stato emesso sul falso ed errato presupposto della sussistenza di una situazione di fatto poi rivelatasi insussistente (Cass., 25 luglio 1972, n. 2546) e che le parti possano dedurre la carenza di presupposti del provvedimento stesso in sede contenziosa, allorché abbiano ricevuto pregiudizio dall'esecuzione del medesimo (Cass., 7 febbraio 1987 n.

1255, in tema di autorizzazione al curatore di una eredità beneficiata a vendere un immobile).

In conclusione, va affermato il seguente principio di diritto: "Nell'ipotesi di trascrizione del matrimonio canonico, eseguita dall'ufficiale di stato civile su ordine del tribunale, adito con ricorso di un solo nubendo in sede di procedimento camerale, ai sensi del D.P.R. n. 396/2000, artt. 95 e 96, il soggetto che si ritenga leso da tale trascrizione può agire con l'azione ordinaria di cognizione di cui alla L. n. 847/1929, art. 16, volta all'accertamento della nullità della trascrizione stessa, allorché assuma che questa sia avvenuta in mancanza del consenso integro espresso o tacito – dell'altro coniuge, da accertare con riguardo al momento in cui fu formulata la richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile, in origine disattesa".

In conclusione, in accoglimento dei richiamati motivi, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio della causa innanzi alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, la quale, in applicazione del principio enunciato e sulla base delle risultanze processuali, opererà gli accertamenti indicati con riguardo alla dimostrazione dell'esistenza, integrità e pienezza del consenso del R. alla trascrizione, sussistente al momento e con riguardo alla richiesta unilaterale della I., mediante la prova di dichiarazioni del medesimo tali da esprimere in modo serio ed univoco la consapevolezza e la non opposizione agli effetti civili del matrimonio religioso. La Corte cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa innanzi alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

Revoca dell'assegno di mantenimento del figlio che ha compiuto trent'anni

Cassazione civile, Sez. I, 12 marzo 2018, n. 5883 (ordinanza) – Pres. Scaldaferrì – Rel. Bisogni – P.M. c. G.R.

Separazione dei coniugi – Mantenimento del coniuge e dei figli – Assegno a figlio con età superiore a trent'anni – Revoca

La questione: deve essere revocato l'assegno di mantenimento in favore del figlio che ha compiuto un'età superiore ai trent'anni, dovendosi presumere, in assenza di specifiche deduzioni da parte del ricorrente, il raggiungimento di una situazione di indipendenza economica ovvero di una capacità lavorativa potenziale cui non ha fatto riscontro una concreta ricerca del lavoro.

Il fatto. Il Trib. Roma, con sentenza n. 21707/14, ha accolto la domanda proposta da P.M. nei confronti del padre G.R. diretta ad ottenere l'incremento della misura dell'assegno mensile di mantenimento che è stato riquantificato in 400 Euro con decorrenza dal maggio 2012. Ha proposto appello G.R. al fine di ottenere la revoca dell'assegno in considerazione della raggiunta età di trenta anni del figlio e della acquisita capacità di rendersi indipendente economicamente.

La Corte di appello di Roma, con sentenza n. 4915/16, ha accolto l'appello di G.R. e ha revocato l'assegno di mantenimento a decorrere dal mese di agosto 2016. Ha ritenuto fondata la decisione del Tribunale, per quanto riguarda il periodo antecedente a tale data, in quanto i giudici del primo grado hanno esaurientemente motivato che la situazione di dipendenza economica del P. M. non era dovuta a inescusabile trascuratezza, ma piuttosto alle difficoltà psicologiche, esistenziali e sanitarie connesse al percorso intrapreso di adeguamento dei caratteri sessuali

dal femminile al maschile. Ha ritenuto però che tale processo di adattamento deve considerarsi ormai compiuto cosicché deve supporre che il P.M. sia ormai in grado di acquisire una propria indipendenza economica e non debba più gravare per il suo mantenimento sul padre.

Ricorre per cassazione P.M. Si difende con controricorso G.R.

La decisione. La pronuncia della Corte di appello è conforme alla giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I, 20 agosto 2014, n. 18076) secondo cui ai fini del riconoscimento dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il giudice di merito è tenuto a valutare, con prudente apprezzamento, caso per caso e con criteri di rigore proporzionalmente crescenti in rapporto all'età dei beneficiari, le circostanze che giustificano il permanere del suddetto obbligo, fermo restando che tale obbligo non può essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, poiché il diritto del figlio si

giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e aspirazioni, purché compatibili con le condizioni economiche dei genitori.

In questo quadro la decisione della Corte di appello romana si basa sul presupposto del raggiungimento di una età superiore ai trent'anni e sull'assenza di deduzioni specifiche da parte del ricorrente circa la ricerca del lavoro e gli eventuali ostacoli incontrati in tale ricerca, così come sul decorso di un considerevole lasso di tempo dal compimento dell'iter di adeguamento dei caratteri sessuali all'identità di genere e sull'assenza di specifiche deduzioni circa il permanere di una situazione di vulnerabilità psicologica e sociale tale da compromettere la ricerca del lavoro.

Gli effetti. Si tratta pertanto di un iter logico, quello compiuto dalla Corte di appello, che si è basato su dei fatti oggettivi e che ha presunto in ragione dell'assenza di specifiche deduzioni da parte del ricorrente il raggiungimento di una situazione di indipendenza economica ovvero di una capacità lavorativa potenziale cui non ha fatto riscontro una concreta ricerca del lavoro. Questo apprezzamento compiuto su elementi di fatto dalla Corte distrettuale non è censurabile in sede di legittimità perché consiste in una valutazione prettamente di merito e coerente alla citata giurisprudenza di questa Corte.

Va richiamata la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I, 17 dicembre 2015, n. 25420) secondo cui “in materia di assegno di mantenimento per il figlio, il giudizio riguarda la conservazione del contenuto reale del credito fatto valere

con la domanda originaria, sicché il genitore istante può chiedere un adeguamento del relativo ammontare alla stretta della svalutazione monetaria o del sopravvento di altre circostanze, verificatesi nelle more del giudizio, in particolare relative alle mutate condizioni economiche dell'obbligato ovvero alle accresciute esigenze del figlio. Ne deriva che la proposizione, in primo grado o in appello, di simili istanze o eccezioni non ricade sotto il divieto di “*ius novorum*”, né con riguardo al giudizio di primo grado, né con riguardo al giudizio di appello.”

Per quanto riguarda il capitolo di prova, il suo contenuto è comunque stato valutato dalla decisione della Corte di appello che ha riconosciuto una situazione di vulnerabilità e di difficoltà psicologica e relazionale legata al difficile processo di adeguamento della propria identità di genere con evidenti conseguenze sull'inserimento sociale e nel mondo del lavoro e quindi nella acquisizione di una posizione di indipendenza economica. Tuttavia come si è detto la Corte di appello ha ritenuto che la considerevole distanza temporale dalla conclusione di questo processo sottrae in difetto di prove contrarie il richiedente alla pregressa situazione di difficoltà. Dalla motivazione della decisione risulta pertanto implicitamente che la circostanza oggetto della prova per testi essendo riferita alla situazione esistenziale pregressa al processo di adeguamento dell'identità di genere non richiedeva l'ammissione del mezzo istruttorio in quanto la Corte d'appello l'ha riconosciuta e su di essa ha fondato la conferma della decisione appellata sino al mese di agosto del 2016.

Il ricorso va conseguentemente respinto.

Richiesta dei suoli ceduti al Comune di Roma per la variante non effettuata

Cassazione civile, Sez. un., 9 marzo 2018, n. 5790 – Pres. Mammone – Rel. Cirillo – P.G. Sorrentino (conf.) – T.R. e altri c. Comune di Roma

Competenza e giurisdizione civile – Cessione gratuita di suoli condizionata ad una variante – Richiesta delle somme versate

La questione: appartiene al giudice ordinario la domanda di restituzione dei suoli ceduti gratuitamente al Comune di Roma, ma condizionati all'effettuazione della variante non effettuata.

Il fatto. Con atto pubblico del 14 luglio 1983 L. e T.C. cedettero al Comune di Roma, a titolo gratuito, un'area della superficie di metri quadrati 28.077, sottoponendo la cessione alla condizione sospensiva costituita dall'adozione, da parte del Comune, di una variante di Piano regolatore generale relativa al territorio dell'undicesima Circoscrizione.

Il Comune non adottò la variante di P.R.G., né provvide a formalizzare l'atto deliberativo di accettazione della cessione gratuita dell'area.

In data 6 febbraio 2001 L. e T.C. inviarono una diffida al Comune di Roma, assegnandogli il termine di centottanta giorni per portare a termine il procedimento amministrativo finalizzato all'adozione della variante di P.R.G., invitando in alternativa l'Amministrazione a stipulare un atto di retrocessione del terreno.

Scaduto il termine suddetto senza alcuna risposta, L. e T.C. convennero in giudizio il Comune, davanti al Tribunale ordinario di Roma, chiedendo che fosse accertato il

mancato avveramento della condizione sospensiva e che, di conseguenza, fosse dichiarata l'inefficacia dell'atto di cessione dell'area.

Il Tribunale civile dichiara il proprio difetto di giurisdizione, ritenendo che la materia fosse da devolvere al giudice amministrativo.

La causa è stata riassunta davanti al TAR per il Lazio dagli eredi di T.C. e da altri. Con ordinanza dell'8 agosto 2017 il TAR solleva conflitto negativo di giurisdizione, ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Ha osservato il giudice amministrativo, dopo aver riassunto le ragioni della pronuncia declinatoria del Tribunale ordinario, che essa risaliva ad un periodo in cui era vigente il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34 modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7 e poi inciso dalla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, declaratoria dell'illegittimità della norma nella parte in cui devolveva al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti – anziché i soli atti e

provvedimenti – assunti dalle pubbliche amministrazioni in materia di urbanistica ed edilizia.

Ciò premesso, il TAR ha rilevato che il principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. non opera quando la norma che attribuisce la giurisdizione sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima. Nella specie, la domanda proposta dai ricorrenti era finalizzata a “fare accertare e dichiarare il mancato avveramento della condizione sospensiva contenuta nell'atto di cessione gratuita”; tale azione, quindi, dovendo essere ricondotta ad un mero comportamento della P.A., costituito dall'inerzia nell'adozione della variante di P.R.G., non era riconducibile in alcun modo all'esercizio di un pubblico potere, con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario.

Giova premettere che, come ha osservato il TAR per il Lazio, la norma attributiva della giurisdizione era, nel momento in cui la causa odierna ebbe inizio, il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34 secondo cui erano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia”. Su tale disposizione ha inciso, com'è noto, la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della citata norma nella parte in cui prevedeva che fossero devolute alla predetta giurisdizione le controversie aventi per oggetto “gli atti, i provvedimenti e i comportamenti” anziché “gli atti e i provvedimenti”. L'eliminazione dalla sfera della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dei “comportamenti” delle pubbliche amministrazioni è stata poi recepita dal legislatore il quale, riordinando la materia con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133 ha stabilito (al 1° comma, lett. f) una formula identica a quella risultante dalla pronuncia della Corte costituzionale.

La decisione. Le Sezioni Unite osservano che nella materia

urbanistica ed edilizia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si fonda su un comportamento della P.A. (o del suo concessionario) che non sia semplicemente occasionato dall'esercizio del potere, ma si traduca, in base alla norma attributiva, in una sua manifestazione e, cioè, risulti necessario, considerate le sue caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, al raggiungimento del risultato da perseguire (Sez. un., ord. 3 febbraio 2016, n. 2052). In altri termini, non basta la sussunzione della vicenda nell'ambito generale della materia suindicata, ma occorre che si faccia in concreto questione delle modalità di esercizio del potere pubblico spettante all'amministrazione stessa (in tal senso è anche l'ord. 31 gennaio 2017, n. 2482, a proposito di risoluzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione di un impianto sportivo).

Gli effetti. Nel caso in esame la domanda giudiziale, che individua il *petitum* (alla stregua della quale la giurisdizione deve essere determinata), è volta all'accertamento del diritto di proprietà sul bene oggetto di cessione gratuita da parte dei privati in favore del Comune di Roma, cessione che gli attori ritengono inefficace in base ad un comportamento negativo o omissivo del Comune. Si tratta, in definitiva, del mero accertamento della mancata verifica di una condizione sospensiva al cui verificarsi le parti avevano rimesso il perfezionamento dell'effetto negoziale; cioè di accertare soltanto l'esistenza di un comportamento (omissivo) del Comune di Roma cui si collega il riconoscimento della permanenza, in capo agli attori, della proprietà sull'area oggetto della cessione gratuita, senza che ciò comporti la prospettazione di una violazione degli obblighi della P.A. né la lesione di un interesse pubblico connesso all'acquisto. Da tanto consegue che, essendo in discussione una posizione di diritto soggettivo, nella causa in esame la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, davanti al quale la causa dovrà essere riassunta.

■ Inderogabile la disposizione che attribuisce alla società il compenso dell'amministratore

Cassazione civile, Sez. I, 7 marzo 2018, n. 5477 – Pres. Ambrosio – Rel. Di Marzio – P.G. De Augustinis (conf.) – C. G. c. Fall. s.r.l

Società – Amministratori – Compensi – Determinazione della società – Inderogabilità

La questione: in tema di società, la disposizione di cui all'art. 2389 c.c. riveste natura imperativa ed inderogabile, alla luce del fatto che la disciplina relativa al funzionamento della società è dettata anche nell'interesse pubblico al regolare svolgimento dell'attività economica, e della previsione come delitto della percezione di compensi non previamente deliberati dall'assemblea.

Il fatto. Con sentenza 29 ottobre 2011 la Corte d'appello di Milano, riformando una precedente sentenza del locale Tribunale, ha respinto la domanda spiegata da C.G. nei confronti di Società di (*Omissis*) S.r.l., e quindi del Fallimento della medesima società, volta ad ottenere la condanna della parte convenuta al pagamento del complessivo importo di Euro 285.000,00, dovutegli, quanto a Euro 105.000,00 a titolo di compenso spettantegli quale amministratore della società, in forza di nomina deliberata dall'assemblea della società ed in relazione all'entità del compenso pattuito per contratto stipulato con l'amministratore delegato della stessa, e, quanto a Euro 180.000,00, a titolo

di risarcimento del danno cagionato dalla revoca dell'incarico senza giusta causa.

A fondamento della decisione la Corte territoriale ha ritenuto che l'amministratore delegato non avesse il potere di pattuire l'entità del compenso convenuto con il C. nella misura di Euro 180.000,00 annui, dal momento che lo statuto della società attribuiva la nomina degli amministratori e la determinazione del loro compenso all'assemblea, aggiungendo che l'inefficacia del contratto, perché stipulato da soggetto non legittimato era opponibile al C., che non rivestiva la qualità di terzo, avendo già accettato la carica di amministratore della società.

Per la cassazione della sentenza C.G. ha proposto ricorso. Il Fallimento Società di (*Omissis*) S.r.l. non ha spiegato difese.

La decisione. Il ricorso va respinto.

Ed infatti la Corte territoriale, lungi dall'attribuire al C. l'onere probatorio concernente la titolarità, in capo all'amministratore delegato, del potere di stipulare il contratto avente ad oggetto, tra l'altro, la quantificazione del compenso di cui si discute, ha ritenuto in concreto provata tale limitazione, sia perché la società, in data antecedente alla stipula del contratto, aveva attribuito all'assemblea la nomina degli amministratori e la determinazione del compenso, sia perché, d'altro canto il C. non aveva spiegato in proposito alcuna specifica contestazione.

Quantunque l'art. 2384 c.c., laddove disciplina l'opponibilità "ai terzi" delle limitazioni ai poteri degli amministratori, si riferisca in effetti ai terzi rispetto al contratto sociale, ciò non basta alla cassazione della sentenza, dovendosi considerare che l'art. 2389 c.c., sotto la rubrica: "Compensi agli amministratori", dispone che: "I compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione... sono stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea": è agevole in proposito rammentare che le Sezioni Unite di questa Corte hanno

evidenziato la natura imperativa e inderogabile della previsione normativa, discendente dall'essere la disciplina del funzionamento delle società dettata, anche, nell'interesse pubblico al regolare svolgimento dell'attività economica, oltre che dalla previsione come delitto della percezione di compensi non previamente deliberati dall'assemblea (Cass., Sez. un., 29 agosto 2008, n. 21933 pronunciata in riferimento all'art. 2389, 1° comma, c.c. nel testo vigente prima delle modifiche, non decisive sul punto, di cui al D.Lgs. n. 6/2003; successivamente Cass., 19 luglio 2013, n. 17673; Cass., 4 settembre 2013, n. 20265).

Gli effetti. Dopo aver rammentato che la Società di (*Omissis*) era configurata all'epoca come società per azioni, resta soltanto da dire che l'insussistenza in capo all'amministratore delegato del potere di determinare il compenso all'amministratore C. derivava nella specie non soltanto dallo statuto, riproduttivo della previsione legale, ma direttamente dalla norma come si è visto inderogabile, sicché neppure si pone un problema di opponibilità di detta limitazione del potere dell'amministratore. Così modificata la motivazione sul punto, le esaminate doglianze vanno dunque disattese. Il ricorso è respinto.

La non iscrizione del giornalista nell'albo comporta la nullità del contratto di lavoro

Cassazione civile, Sez. lav., 7 marzo 2018, n. 5386 – Pres. D'Antonio – Rel. Cavallaro – P.G. Fuzio (diff.) – I.N.P.G.I. – Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani c. Centimetri s.r.l.

Giornale e giornalista – Contratto individuale di lavoro – Iscrizione all'Albo

La questione: la mancata iscrizione del dipendente nell'Albo dei praticanti giornalisti comporta la nullità del contratto di lavoro giornalistico, indipendentemente dalla successiva retrodatazione dell'iscrizione stessa, con la conseguenza che, pur conservando l'attività lavorativa svolta giuridica rilevanza ed efficacia *ex art.* 2126 c.c. ed avendo dunque il lavoratore diritto al trattamento economico e previdenziale per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, non sorge anche lo specifico obbligo contributivo presso l'INPGI, il cui fondamento è originato dall'iscrizione all'Albo e non solo dalla natura dell'attività svolta.

Il fatto. Con sentenza depositata il 14 luglio 2012, la Corte d'appello di Roma ha confermato la statuizione di primo grado che aveva revocato il decreto ingiuntivo con cui il locale Tribunale aveva ingiunto a Centimetri s.r.l. di pagare all'INPGI somme per contributi omessi in danno del giornalista M.U. per il periodo 1° luglio 2002-30 giugno 2005.

La Corte, in particolare, ha ritenuto che, anteriormente alla data di iscrizione del giornalista nell'elenco dei praticanti, l'INPGI non potesse pretendere il pagamento di contributi di sorta, mentre, per il periodo successivo, non vi fosse prova che sussistessero le condizioni per il regolare svolgimento del praticantato.

Ricorre contro tali statuizioni l'INPGI, con due motivi. Centimetri s.r.l. resiste con controricorso.

La decisione. L'Istituto ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 89/1963, artt. 34 e 45, D.P.R. n. 115/1965, artt. 41 e 43, D.P.R. n. 212/1972, art. 10 e D.P.R. n. 384/1993, art. 3 anche in relazione all'art. 2126 c.c., per avere la Corte di merito ritenuto che anteriormente alla data della deliberazione del 25 febbraio 2004, con cui l'Ordine dei giornalisti aveva disposto l'iscrizione di M.U. nell'elenco dei praticanti dell'Albo dei giornalisti con effetto dal 1° luglio 2002, non potesse sorgere alcun obbligo contributivo nei confronti dell'INPGI a carico dell'azienda odierna intimata.

Il motivo è infondato. Questa Corte, invero, ha già avuto modo di chiarire che la mancanza dell'iscrizione del dipendente nell'Albo dei praticanti giornalisti comporta la nullità del contratto di lavoro giornalistico, indipendentemente dalla successiva retrodatazione dell'iscrizione stessa, con la conseguenza che, pur conservando l'attività lavorativa svolta giuridica rilevanza ed efficacia *ex art.* 2126 c.c., ed avendo dunque il lavoratore diritto al trattamento economico e previdenziale per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, non sorge anche lo specifico obbligo contributivo presso l'INPGI, il cui fondamento è originato dall'iscrizione all'Albo e non solo dalla natura dell'attività svolta (Cass., n. 3385/2011, cui hanno dato continuità Cass., nn. 4165/2011, 10976/2013 e 1256/2016). Ed essendo la Corte territoriale attenuta a tale principio di diritto, nessuna censura merita sul punto la sentenza impugnata.

Con il secondo motivo, l'Istituto ricorrente lamenta omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per avere la Corte di merito escluso l'obbligo di contribuzione anche per il periodo successivo al 25 febbraio 2004, in ragione della mancata prova della sussistenza in concreto delle condizioni per il valido espletamento del rapporto di praticantato, nonostante che il predetto dipendente fosse diventato giornalista professionista fin dal 28 luglio 2004.

Il motivo è fondato.

Gli effetti. Premesso al riguardo che, diversamente da quanto affermato da parte controricorrente nella memoria depositata *ex art. 378 c.p.c.*, la disciplina applicabile *ratione temporis* è da rinvenirsi nel testo dell'*art. 360 c.p.c.*, n. 5 risultante dalla modifica apportata dal D.Lgs. n. 40/2006, art. 2 e anteriore alla novella di cui al D.L. n. 83/2012, art. 54 conv. con L. n. 134/2012, applicabile viceversa alle sentenze pubblicate a far data dall'11.9.2012 (Cass. nn. 26654/2014, 10693/2016), deve al riguardo rilevarsi che la sentenza impugnata non ha minimamente tenuto conto della circostanza, debitamente documentata dall'Istituto ricorrente mediante la produzione allegata alla memoria di costituzione in primo grado, che il dipendente M.U. risul-

tava iscritto nell'elenco dei professionisti dell'Albo dei giornalisti con decorrenza dal 28 luglio 2004. E trattandosi di circostanza potenzialmente idonea a radicare l'obbligo di assicurazione presso l'Istituto ricorrente quanto meno a decorrere dalla data d'iscrizione e fino al compimento del periodo oggetto di recupero, la censura va accolta e, cassata la sentenza impugnata, la causa va rinviata per nuovo esame alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, rigettato il primo. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

Recesso unilaterale dal contratto di appalto di servizi dopo l'inizio dell'esecuzione

Cassazione civile, Sez. II, 7 marzo 2018, n. 5368 – Pres. D'Ascola – Rel. Criscuolo – P.G. Salvato (conf.) – Cargo express s.n.c. G.A., V.S. c. S.D.A. Express Courier s.p.a.

Obbligazioni e contratti – Appalto di servizi – Recesso unilaterale

La questione: a differenza della “multa penitenziale” che presuppone l'esistenza di un patto espresso che attribuisce al committente la facoltà di recedere dal contratto prima che abbia avuto un principio di esecuzione, ed ha per oggetto la prestazione, in corrispettivo dello “*ius poenitendi*”, di una somma integrante un debito di valuta e non di valore, “l'indennizzo *ex art. 1671 c.c.*” presuppone, invece, l'esercizio, in un qualsiasi momento posteriore alla conclusione del contratto e, quindi, anche ad iniziata esecuzione del medesimo, di una facoltà di “recesso unilaterale dall'appalto” che al committente è attribuita direttamente dalla legge ed ha per oggetto un obbligo indennitario nei confronti dell'appaltatore.

Il fatto. V.S. e G.A., in proprio e quali legali rappresentanti della Cargo Express s.n.c. di G.A. e V.S., convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Firenze la BS Fast Cargo Express, poi divenuta SDA Express Courier S.p.A., deducendo che avevano sottoscritto con la convenuta un contratto di appalto di servizi in data 18 maggio 1994 con il quale era stata affidata all'attrice l'attività di ritiro, trasporto e consegna documenti per conto della controparte e nella zona del forlivese, in favore di terzi di volta in volta richiedenti. Assumevano che nel contratto era prevista la clausola di rinnovazione annuale in assenza di comunicazione della disdetta da parte della committente da effettuarsi almeno sessanta giorni prima della scadenza naturale.

Pertanto, poiché la parte committente aveva disdetto il contratto in data 15 novembre 1996, omettendo di dare seguito alla sua esecuzione sino alla prevista scadenza, la convenuta andava condannata ad indennizzare la società attrice per il recesso unilaterale dal contratto di appalto, con la condanna altresì all'importo dovuto alla appaltatrice per le prestazioni già eseguite sino alla data del recesso, al rimborso delle spese sostenute per l'acquisto dei mezzi e degli strumenti indispensabili per adempiere agli obblighi contrattuali, nonché al pagamento del mancato guadagno non realizzato tra la data del recesso sino alla normale scadenza del contratto di appalto. Si costituiva la convenuta committente, assumendo la legittimità del proprio recesso.

Il Tribunale adito condannava la convenuta committente al pagamento in favore della società appaltatrice della somma di Euro 65.000,00. A seguito di appello proposto dalla soccombente, la Corte d'Appello di Firenze, in parziale riforma della decisione appellata, ha condannato l'appellante al pagamento di Euro 35.171,10 oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla domanda al saldo, condannando il V. ed il G. alla restituzione di quanto percepito

in eccedenza in virtù della provvisoria esecuzione della sentenza del Tribunale.

La Corte d'Appello ritiene corretta la riconducibilità della fattispecie nella previsione di cui all'*art. 1671 c.c.* in relazione alla seconda dichiarazione contenente effettivamente un recesso (15 novembre 1996). La società appaltatrice ricorre in Cassazione. Courier S.p.A. resiste con controricorso.

La decisione. Premesso che il rapporto contrattuale intercorso tra le parti è riconducibile ad un contratto di appalto di servizi di trasporto, secondo i ricorrenti appaltatori il recesso esercitato dalla committente andrebbe ricondotto alla diversa previsione di cui all'*art. 1373 c.c.*, che implica il diritto dell'appaltatore al risarcimento del danno *ex art. 1223 c.c.*, che non può essere limitato al solo pregiudizio maturato sino alla data del 18 maggio 1997, occorrendo invece avere riguardo anche all'annualità successiva.

Il motivo è infondato. La pretesa applicabilità della diversa previsione di cui all'*art. 1373 c.c.*, oltre che contrastare con la causa petendi sottoposta all'attenzione dei giudici di merito, venendo quindi a configurarsi la proposizione di una diversa domanda in questa sede, appare contrastata anche dalla modalità di esercizio del recesso, operato dalla committente nel caso in esame, allorquando il contratto di appalto aveva già avuto esecuzione.

Inoltre è inammissibile per novità della questione, la deduzione secondo cui il recesso esercitato dalla committente andrebbe qualificato in termini di illiceità o comunque di abusività. Infatti, a fronte di una pacifica previsione contrattuale che prevedeva il rinnovo automatico del contratto, per una sola annualità, e in assenza di una formale disdetta da inviare almeno sessanta giorni prima della scadenza annualmente prorogata, il recesso *ante tempus* esercitato dalla con-

venuta va indubbiamente ricondotto alla previsione di cui al richiamato art. 1671 c.c., esponendo la committente alle conseguenze di carattere indennitario precisate dalla norma. Secondo la giurisprudenza (Cass. n. 9645/2011; Cass. n. 8565/1983) il recesso unilaterale dal contratto da parte del committente previsto dall'art. 1671 c.c., costituisce esercizio di un diritto potestativo e, come tale, non esige che ricorra una giusta causa, potendo essere esercitato ad nutum (Cass. n. 11642/2003) in qualsiasi momento dell'esecuzione del contratto di appalto, ben potendo essere giustificato anche dalla sola sfiducia verso l'appaltatore (Cass. n. 2236/1985). Va altresì evidenziato che, attesa la disciplina convenuta tra le parti, che prevedeva la rinnovazione annuale del contratto, in assenza di una tempestiva manifestazione di recesso almeno sessanta giorni prima della sua scadenza, l'appaltatore poteva legittimamente fare affidamento, una volta mancato il recesso, su di una proroga annuale, dovendo mettere in conto l'eventualità che il rinnovo non potesse verificarsi anche per l'annualità successiva.

Gli effetti. Una volta richiamato il principio per il quale

(cfr. Cass. n. 8853/2017; Cass. n. 9132/2012), in ipotesi di recesso unilaterale del committente dal contratto d'appalto, ex art. 1671 c.c., grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere, salva la facoltà, per il committente, di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi, la dedotta assenza di elementi probatori, con la conseguente impossibilità per l'ausiliario di poter supplire a tali lacune, imporrebbe, in applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., di dover pervenire al rigetto della domanda indennitaria, e non anche, come invece sotteso alla censura mossa, ad una liquidazione dell'indennizzo in termini più favorevoli di quanto determinato dal giudice di appello, sulla scorta delle risultanze della CTU. La Corte rigetta il ricorso.

I rivestimenti esterni dei balconi sono condominiali se hanno funzione estetica

Cassazione civile, Sez. II, 2 marzo 2018, n. 5014 – Pres. D'Ascola – Rel. Criscuolo – P.G. Salvato (conf.) – A. G. c. Condominio

Comunione e condominio – Parti comuni – Spese del condominio

La questione: gli elementi esterni, quali i rivestimenti della parte frontale e di quella inferiore, e quelli decorativi di fioriere, balconi e parapetti di un condominio, svolgendo una funzione di tipo estetico rispetto all'intero edificio, del quale accrescono il pregio architettonico, costituiscono, come tali, parti comuni ai sensi dell'art. 1117, n. 3, c.c., con la conseguenza che la spesa per la relativa riparazione ricade su tutti i condomini, in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno.

Il fatto. A.G. impugnava dinanzi al Tribunale di Bologna la deliberazione condominiale adottata dall'assemblea. L'attrice affermava che tale delibera era illegittima nella parte in cui aveva disposto la ripartizione della spesa in base ai millesimi di proprietà anche per le parti dei balconi visibili dall'esterno, in quanto detti balconi, come previsto anche dall'art. 7 del regolamento condominiale, appartenevano per l'intero ai proprietari dei piani ai quali accedevano.

Nel costituirsi, il Condominio contestava la fondatezza della domanda, chiedendone il rigetto. Con sentenza in data 23 agosto 2005 il Tribunale rigettava l'impugnazione.

Avverso la predetta decisione proponeva appello l'attrice. La Corte di Appello di Bologna rigettava il gravame. La Corte territoriale rilevava che dalla documentazione fotografica acquisita si evinceva che le proiezioni esterne delle balconate cui accedevano le balaustre e le solette, con la loro forma geometrica e la loro simmetrica disposizione, conferivano alla facciata dell'edificio una particolare connotazione, che si traduceva nel decoro architettonico del fabbricato stesso. Ciò posto, osservava che il riferimento contenuto nell'art. 7 del regolamento del condominio alla "manutenzione delle finestre e balaustre dei balconi", posta a carico dei rispettivi proprietari, doveva intendersi effettuato nei limiti della descrizione della proprietà comune, che, all'art. 2, contemplava, tra l'altro, tutte le parti costitutive dell'edificio e i suoi accessori, richiamando, in ogni caso, le previsioni dell'art. 1117 c.c. In considerazione, poi,

della tutela che l'art. 4 dello stesso regolamento accorda all'estetica ed alla simmetria esterna dell'edificio, una corretta interpretazione sistematica del citato art. 7, secondo il giudice del gravame, induceva a ritenere che tale norma non poteva riferirsi alle parti esterne dei balconi, le quali, acquistando rilievo sotto il profilo estetico-funzionale nei riguardi della facciata, erano da considerarsi comuni. Ad avviso della Corte di Appello, pertanto, svolgendo le parti esterne dei balconi, oggetto di delibera, una funzione estetica estesa all'intero edificio, del quale accrescevano il pregio, ed essendo, quindi, parti comuni dello stesso ai sensi dell'art. 1117 c.c., la spesa per la relativa riparazione doveva ricadere a carico di tutti i condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno.

Per la cassazione della sentenza propone ricorso A.G. Il Condominio intimato resiste con controricorso.

La decisione. Il Collegio che ha deciso la controversia con la sentenza oggi gravata è incorso in un' "errata percezione del fatto", perché ha creduto mancante una pagina contenente parte di un paragrafo rilevante del ricorso, pagina che invece era presente negli originali facenti fede.

Il ricorso per revocazione deve quindi essere accolto, e per l'effetto in attuazione dell'effetto rescindente, va dichiarata la nullità della sentenza di questa Corte n. 3939/2015. Deve quindi procedersi alla fase rescissoria, conseguente all'accoglimento della revocazione, addivenendosi per l'effetto alla

disamina dei motivi di ricorso che la precedente sentenza ha ommesso di valutare, avendo erroneamente reputato sussistere una preliminare causa di inammissibilità.

Nel merito, la sentenza di appello in motivazione ha adeguatamente ricostruito i termini giuridici della questione concernente la natura condominiale dei frontalini dei balconi, richiamando i precedenti giurisprudenziali, che nel corso degli anni hanno avuto modo di chiarire la legittimità del riparto delle spese di manutenzione tra tutti i condomini, precisando entro quali limiti possa attribuirsi natura condominiale a elementi dei balconi.

Infatti i rivestimenti della parte frontale e di quella inferiore, e quelli decorativi di fioriere, balconi e parapetti di un condominio, svolgendo una funzione di tipo estetico rispetto all'intero edificio, del quale accrescono il pregio architettonico, costituiscono, come tali, parti comuni ai sensi dell'art. 1117, n. 3, c.c. con la conseguenza che la spesa per la relativa riparazione ricade su tutti i condomini, in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno (Cass., 30 aprile 2012, n. 6624; Cass. n. 21641/2017).

Nella fattispecie, in cui pacificamente si controverte in materia di balconi aggettanti, i quali, non assolvendo ad alcuna funzione di sostegno/copertura, costituiscono un mero prolungamento della corrispondente unità immobiliare, si è precisato che occorre verificare se l'intervento manutentivo abbia interessato la struttura portante, di proprietà esclusiva dal titolare dell'appartamento, o il rivestimento che, se ha una funzione estetica, costituisce bene comune di tutti i condomini. Tra i summenzionati elementi decorativi, possono annoverarsi – alla luce delle vicende oggetto di precedenti di questa Corte – i frontalini, il rivestimento della fronte della soletta dell'aggetto, i ciellini, le piantane, le fasce marcapiano, le aggiunte sovrapposte con malta cementizia, le balaustre, le viti in ottone, i piombi, le cimose, i basamenti, i pilastri.

Gli effetti. In tale prospettiva si è ritenuto: che le spese di rifacimento dei frontalini sono relative a lavori eseguiti sui balconi dell'edificio, e da considerare beni comuni in quanto elementi che si inseriscono nella facciata e concorrono a costituire il decoro architettonico dell'immobile (Cass., Sez. II, 30 gennaio 2008, n. 2241); il rivestimento del parapetto e della soletta possono essere beni comuni se svolgono una prevalente funzione estetica per l'edificio, divenendo così elementi decorativi ed ornamentali essenziali della facciata (Cass., Sez. II, 21 gennaio 2000, n. 637); i cementi decorativi relativi ai frontalini ed ai parapetti, svolgendo una funzione di tipo estetico rispetto all'intero edificio, del quale

accrescono il pregio architettonico, costituiscono, come tali, parti comuni ai sensi dell'art. 1117, n. 3, c.c.), con la conseguenza che la spesa per la relativa riparazione ricade su tutti i condomini, in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno (Cass., 19 gennaio 2000, n. 568); i fregi ornamentali e gli elementi decorativi, che ad essi inerbiscano, quali i rivestimenti della fronte o della parte sottostante della soletta, i frontalini e i pilastri, sono condominiali, se adempiono prevalentemente alla funzione ornamentale dell'intero edificio (Cass., 7 settembre 1996, n. 8159); deve essere riconosciuta la natura comune dei frontalini di marmo, riguardo all'esclusa loro funzione protettiva od ornamentale dei balconi ed alla rilevata efficacia decorativa dell'intero edificio nonché all'utilizzazione come gocciolatoio (Cass., 3 agosto 1990, n. 7831).

Risulta altresì confortata la soluzione per la quale la valutazione circa la natura comune delle parti dei balconi interessate dai lavori di manutenzione non è suscettibile di una soluzione aprioristica, ma richiede una valutazione in concreto che evidentemente, ed in maniera tendenzialmente insindacabile, è demandata al giudice di merito. Nel caso in esame, la sentenza della Corte distrettuale ha osservato che sulla scorta della documentazione fotografica in atti, la forma geometrica e la simmetrica disposizione delle proiezioni esterne delle balconate, cui accedono le balaustre e le solette, conferiscono alla facciata del fabbricato una particolare connotazione che si traduce in una peculiare conformazione del decoro architettonico.

Con valutazione tipicamente in fatto, e logicamente argomentata, e come tale insuscettibile di censura in questa sede, i giudici di merito hanno ritenuto che le balaustre dei balconi, ivi inclusi quelli prospicienti l'unità immobiliare della ricorrente, avessero natura comune, in quanto destinate a contribuire nel loro insieme all'aspetto estetico del fabbricato assicurando l'euritmia architettonica della facciata.

La decisione in esame, lungi dall'aver pretermesso la valutazione circa la natura comune del singolo balcone alla luce dei criteri sopra esposti, ha invece motivatamente considerato la complessiva conformazione del fabbricato, atteso che solo dalla visione unitaria della facciata è possibile stabilire quale sia la nozione di decoro dello stesso, e quindi di poter apprezzare la natura ornamentale e decorativa dell'elemento del singolo balcone.

La Corte accoglie il ricorso per revocazione ed annulla la sentenza di questa Corte n. 3939/2015, e decidendo sul ricorso proposto da A.G. avverso la sentenza della Corte d'Appello di Bologna 20 maggio 2008, n. 792 cassa nei limiti di cui in motivazione la sentenza impugnata.

È donazione indiretta il cointestare una somma di denaro presso una banca

Cassazione civile, Sez. II, 28 febbraio 2018, n. 4682 (ordinanza) – Pres. Lombardo – Rel. Dongiacomo – C. M. c. M.G.

Donazione – Diretta e indiretta – Diverso regime formale

La questione: costituisce donazione indiretta la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito.

Il fatto. C.M. ha convenuto in giudizio, innanzi al tribunale di Roma, M.G. deducendo che la somma di Euro 50.000,00, da lui prelevata dal conto corrente bancario cointestato con la convenuta presso Banca Intesa, era stata

oggetto di donazione da parte della M., la quale aveva cointestato il predetto conto corrente ad entrambe le parti versando sullo stesso la somma di Euro 100.000,00. In forza di tali fatti, l'attore ha chiesto che fosse accertata la

contitolarità della somma complessiva di Euro 100.000 e la spettanza in suo favore di metà della somma, per donazione indiretta e per applicazione dell'art. 1298 c.c.

La convenuta, costituendosi in giudizio, ha chiesto il rigetto della domanda ed, in via riconvenzionale, la condanna dell'attore alla restituzione della somma di Euro 50.000,00, deducendo che: la contestazione del conto derivava, in realtà, dalla necessità che le operazioni di versamento e di pagamento fossero effettuate, per suo conto, dall'attore, con il quale aveva rapporti di amicizia da lungo tempo, in ragione dei periodi trascorsi dalla stessa in Francia e della sua età avanzata; non aveva mai manifestato l'*animus donandi* in relazione alla somma di Euro 50.000,00, prelevata dall'attore di sua iniziativa; la donazione mancava, in ogni caso, della forma prevista dall'art. 782 c.c.

Il Tribunale di Roma, con sentenza del 18 settembre 2009, ha respinto la domanda dell'attore e, in accoglimento della domanda riconvenzionale, ha condannato C.M. al pagamento della somma di Euro 50.000,00, oltre interessi e spese.

C.M. ha proposto appello, sostenendo, per un verso, la sussistenza dell'*animus donandi* e, per altro verso, che, trattandosi di donazione indiretta, non era necessaria la forma solenne di cui all'art. 782 c.c. L'appellata ha chiesto il rigetto dell'appello.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza depositata il 21/4/2014, ha rigettato l'appello. La corte, in particolare, dopo aver premesso, in generale, che, in caso di donazione indiretta, non è necessaria la forma solenne richiesta dall'art. 782 c.c., essendo sufficiente il rispetto delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 c.c., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive per la donazione l'atto pubblico, ha ritenuto, in fatto, che "è pacifico, considerato che è lo stesso appellante che lo ha affermato nel giudizio di primo grado, che la somma impiegata per l'apertura del c/c cointestato apparteneva a M.G. che ha giustificato la cointestazione con la necessità di consentire al C. di svolgere una serie di operazioni per suo conto" e che "al di là di questo,... la mera cointestazione non costituisce prova della donazione di metà della somma, ma la mera presunzione di titolarità di entrambi, in ragione di metà ciascuno, del saldo attivo del conto (e non certo dell'importo esistente al momento dell'apertura del conto)". "Né - ha aggiunto la corte - è possibile provare la volontà della M. di volerlo beneficiare della somma di Euro 50.000,00, attraverso l'assunzione della prova testimoniale riproposta con l'atto di appello, posto che, per la donazione indiretta, non è necessaria la forma solenne dell'atto pubblico, essendo sufficiente, ma necessaria, la forma del negozio utilizzato, ha osservato la corte che, "nella specie, il negozio utilizzato è stato quello di apertura di conto corrente che, in ragione del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 117, (T.U. Legge bancaria) deve essere redatto per iscritto", sicché "anche la prova dell'*animus donandi* avrebbe dovuto essere data per iscritto", ritenendo, dunque, inammissibile la prova testimoniale.

C.M. ha chiesto la cassazione della sentenza della Corte d'appello. Ha resistito M.G., con controricorso.

La decisione. Con un unico articolato motivo, il ricorrente,

lamentando l'erronea o la falsa applicazione dell'art. 809 c.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello, dopo aver ammesso che, in caso di donazione indiretta, non è necessaria l'osservanza della forma dell'atto pubblico, ha ritenuto che, trattandosi dell'apertura di un c/c bancario, l'*animus donandi* doveva risultare per iscritto, laddove, però, così opinando, si realizzerebbe una donazione diretta, mentre invece, in caso di donazione indiretta, è necessario osservare solo la forma del negozio scelto per attuare la liberalità atipica, come è accaduto nel caso di specie, dove si è sottoscritto un contratto di c/c bancario con la cointestazione dello stesso alle parti e senza che la M. abbia stabilito vincoli in ordine all'utilizzo o al prelievo di somme: e l'apertura di un c/c cointestato con denaro proveniente da una sola delle parti contraenti, non può che realizzare, in mancanza di un diverso accordo tra le parti, una forma di donazione indiretta del 50% dell'importo depositato.

Gli effetti. Il motivo è fondato. Occorre premettere che il regime formale della forma solenne (fuori dai casi di donazione di modico valore di cosa mobile, dove, ai sensi dell'art. 783 c.c., la forma è sostituita dalla traditio) è esclusivamente proprio della donazione tipica, e risponde a finalità preventive a tutela del donante, per evitargli scelte affrettate e poco ponderate, volendosi circondare di particolari cautele la determinazione con la quale un soggetto decide di spogliarsi, senza corrispettivo, dei suoi beni.

Per la validità delle donazioni indirette, invece, non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 c.c., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (Cass. n. 468/2010, in motiv. Cass. n. 14197/2013; Cass., Sez. un., n. 18725/2017 in motiv.).

Ora, la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito, è qualificabile come donazione indiretta qualora detta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatori, rilevandosi che, in tal caso, con il mezzo del contratto di deposito bancario, si realizza l'arricchimento senza corrispettivo dell'altro cointestatore: a condizione, però, che sia verificata l'esistenza dell'*animus donandi*, consistente nell'accertamento che il proprietario del denaro non aveva, nel momento della cointestazione, altro scopo che quello della liberalità. Ed invero, in una fattispecie per molti aspetti analoga alla presente, questa Corte ha affermato che "l'atto di cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito qualora la predetta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatori - può essere qualificato come donazione indiretta solo quando sia verificata l'esistenza dell'*animus donandi*, consistente nell'accertamento che il proprietario del denaro non aveva, nel momento della cointestazione, altro scopo che quello della liberalità" (Cass., n. 26983/2008; Cass. n. 468/2010).

In altri termini, la possibilità che costituisca donazione indiretta la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito, qualora la predetta somma, all'atto della

cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatari, è legata all'apprezzamento dell'esistenza dell'*animus donandi*, consistente nell'accertamento che, al momento della cointestazione, il proprietario del denaro non avesse altro scopo che quello di liberalità.

Nel caso di specie, la Corte d'appello ha escluso, in fatto, la sussistenza, in capo a M.G., dell'*animus donandi*, ed ha ritenuto che l'*animus donandi*, anche ai fini della prova della sussistenza della donazione indiretta, dev'essere oggetto di una emergenza diretta dal (diverso) atto scritto da cui tale liberalità risulta (art. 809 c.c.), laddove, al contrario, solo nella donazione diretta l'*animus donandi* deve emergere direttamente dall'atto (pubblico: art. 782 c.c.) che (con salvezza della donazione di bene mobile di modico valore), sotto pena di nullità, la contiene.

Nella donazione indiretta, invece, la liberalità si realizza, anziché attraverso il negozio tipico di donazione, mediante il compimento di uno o più atti che, conservando la forma e la causa che è ad essi propria, realizzano, in via indiretta, l'effetto dell'arricchimento del destinatario, sicché l'intenzione di donare emerge non già, in via diretta, dall'atto o dagli atti utilizzati, ma solo, in via indiretta, dall'esame, necessariamente rigoroso, di tutte le circostanze di fatto del singolo caso, nei limiti in cui risultino tempestivamente e ritualmente dedotte e provate in giudizio da chi ne abbia interesse.

Il ricorso dev'essere, quindi, accolto e la sentenza impugnata cassata con rinvio, per un nuovo esame, ad altra sezione della Corte d'appello di Roma.

Recentissime Cassazione penale

a cura di Giuseppe Santalucia

■ Evasione dagli arresti domiciliari e irrilevanza dei motivi della condotta

Cassazione penale, Sez. VI, 29 marzo 2018 (ud. 23 marzo 2018), n. 14032 – Pres. Paoloni – Est. Vigna – P.M. Filippi (conf.) – I.M.

Misure cautelari personali – Delitti contro l'Autorità delle decisioni giudiziarie – Evasione – Allontanamento dagli arresti domiciliari – Situazione di conflitto con familiari conviventi – Previo avviso alle Forze dell'ordine – Irrilevanza – Dolo – Sussistenza – Ragioni

La questione: se, per l'integrazione del dolo nel delitto di evasione dagli arresti domiciliari, assumano rilievo impeditivo i motivi della condotta di allontanamento.

Il fatto. La Corte d'appello di Napoli ha assolto l'imputato, in riforma della sentenza di condanna di primo grado, dal delitto di evasione, specificamente dall'essersi allontanato, senza autorizzazione, dall'abitazione nella quale era detenuto agli arresti domiciliari. La Corte territoriale ha escluso l'elemento soggettivo in relazione alla condotta dell'imputato che, avvisati i carabinieri che si era creata una situazione per lui insostenibile di convivenza con i familiari, si era recato nel bar vicino a casa ad attenderli, chiedendo di essere accompagnato in carcere.

Avverso la sentenza ha proposto ricorso il procuratore generale della Repubblica di Napoli, che ha dedotto violazione di legge e difetto di motivazione, dato che l'elemento soggettivo del delitto in contestazione è integrato dal dolo generico.

La decisione. La Corte di cassazione ritiene fondato il ricorso per le ragioni di seguito esposte. Afferma che nel caso in esame non può essere negata la sussistenza dell'elemento soggettivo, dal momento che, come già affermato in un caso del tutto sovrapponibile, “nel reato di evasione dagli arresti domiciliari il dolo è generico e consiste nella consa-

pevole violazione del divieto di lasciare il luogo di esecuzione della misura senza la prescritta autorizzazione, a nulla rilevando i motivi che hanno determinato la condotta dell'agente” – Sez. VI, 6 marzo 2012, n. 10425, Ghouila, *C.E.D. Cass.*, n. 252288 –. Non può poi ritenersi che il delitto, in tanto sussista, in quanto la condotta sia qualificata dalla volontà specifica di sottrarsi all'Autorità, ossia da un atteggiamento psicologico che, non solo non è considerato dalla norma incriminatrice, ma al più può costituire il movente, come tale non rilevante. Neanche l'esigenza di allontanarsi da una situazione conflittuale con i familiari ospitanti giova ad escludere il dolo di evasione. Non ha poi valore alcuno il fatto che, prima di abbandonare il domicilio, il soggetto abbia avvertito le Forze dell'ordine, dal momento che si è allontanato dichiarando di non voler far rientro nel luogo di restrizione domiciliare e ha così posto in essere una volontaria sottrazione al regime restrittivo.

Gli effetti. La Corte di cassazione ha pertanto annullato la sentenza, con rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di appello di Napoli.

Confisca di prevenzione e beni acquisiti dopo la cessazione della pericolosità soggettiva

Cassazione penale, Sez. II, 27 marzo 2018 (ud. 13 marzo 2018), n. 14165 – Pres. Diotallevi – Est. Ariolli – P.M. X (diff.) – A.S.

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Confisca – Pericolosità sociale – Determinazione puntuale del periodo – Beni successivamente acquistati – Rilevanza – Condizioni

La questione: se, e a quali condizioni, possano essere oggetto della confisca di prevenzione, per pericolosità qualificata, i beni oggetto di acquisti successivi al periodo, specificamente determinato, di commissione del delitto di partecipazione ad associazione mafiosa, accertato, anche nella sua precisa dimensione temporale, da sentenza di condanna irrevocabile.

Il fatto. La Corte d'appello di Catania ha revocato la misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel Comune di residenza per anni tre ed ha confermato la misura della confisca disposta su beni mobili ed immobili direttamente o indirettamente riconducibili al proposto, anche attraverso l'interposizione fittizia di società e di terzi interessati.

Avverso il decreto hanno proposto ricorso sia il difensore del destinatario diretto della misura che di un terzo interessato.

Tra gli altri motivi hanno dedotto l'assenza di correlazione temporale tra la pericolosità del prevenuto e l'acquisto dei beni oggetto di confisca, invero avvenuto successivamente. Da qui – hanno affermato – l'illegittimità della misura patrimoniale disposta su beni acquisiti in epoca non riconducibile a quella dell'accertata pericolosità. Il giudice del merito ha determinato il momento iniziale e il termine finale della pericolosità qualificata del soggetto, sicché sono confiscabili soltanto i beni acquistati in detto periodo e non anche quelli acquistati successivamente.

La decisione. La Corte di cassazione non ritiene i ricorsi meritevoli di accoglimento. Precisa preliminarmente che le misure patrimoniali sono ormai autonome da quelle personali e possono essere applicate anche nei casi, come quello in esame, in cui non sia applicabile la misura personale. Tale situazione è coerente con la constatazione che alcuni reati, e tra questi innanzitutto l'associazione di tipo mafioso – per il quale il ricorrente è stato condannato con sentenza irrevocabile – sono strutturalmente capaci di produrre illecita ricchezza. In questo senso si è detto che “il delitto di associazione di tipo mafioso può costituire il presupposto dei reati di riciclaggio e di reimpiego di capitali, in quanto di per sé idoneo a produrre proventi illeciti, rientrando negli scopi dell'associazione anche quello di trarre vantaggi o profitti da attività economiche lecite per mezzo del metodo mafioso” – Sez. un., 27 febbraio 2014, n. 25191, Iavarazzo, *C.E.D. Cass.*, n. 259586 –.

Nel caso in esame il destinatario della misura è stato raggiunto da un accertamento penale, ormai irrevocabile, di commissione del reato associativo. La confisca, quindi, avrebbe potuto essere disposta già in sede penale, ai sensi dell'articolo 12 *sexies*, D.L. n. 306/1992, in ragione del fatto che l'accumulo patrimoniale è stato ricondotto ad un arricchimento conseguente all'attività di intraneo al sodalizio mafioso, la cui esistenza è stata, appunto, accertata con sentenza irrevocabile. Le due forme di confisca, quella cd. estesa e quella di prevenzione, presentano aspetti di marcata analogia, dato che fanno leva entrambe sulla sproporzione tra il valore dei beni di verosimile origine delittuosa e le possidenze legittime; in entrambe, poi, si prescinde dal nesso di pertinenzialità tra i beni da confiscare e

una determinata ipotesi di reato. I tratti di somiglianza tra le due confische comportano la riconducibilità dell'ingiustificato accumulo patrimoniale ad una qualità soggettiva, ora quella di condannato per determinati delitti ora quella di indiziato di appartenenza ad un sodalizio mafioso, che a sua volta è essa stessa generatrice di un meccanismo di illecito arricchimento.

Entro questa cornice assume particolare rilievo il profilo della cd. ragionevolezza temporale che la sentenza n. 33/2108 della Corte costituzionale ha posto in diretta connessione con l'esigenza di “evitare una abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della confisca allargata, che legittimerebbe – anche a fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista – un monitoraggio patrimoniale esteso all'intera vita del condannato”. In assenza di questo aspetto di ragionevolezza temporale si rischierebbe “di rendere particolarmente problematico l'assolvimento dell'onere dell'interessato di giustificare la provenienza dei beni (ancorché inteso di semplice allegazione), il quale tanto più si complica quanto più è retrodatato l'acquisto del bene da confiscare”.

Anche le Sezioni unite sono intervenute su questo fondamentale aspetto ed hanno chiarito che “la pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche *misura temporale* del suo ambito applicativo; ne consegue che, con riferimento alla cd. pericolosità generica, sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, mentre, con riferimento alla c.d. pericolosità qualificata, il giudice dovrà accertare se questa investa, come ordinariamente accade, l'intero percorso esistenziale del proposto, o se sia individuabile un momento iniziale ed un termine finale della pericolosità sociale, al fine di stabilire se siano suscettibili di ablazione tutti i beni riconducibili al proposto ovvero soltanto quelli ricadenti nel periodo temporale individuato” – Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, Spinelli ed altro, *C.E.D. Cass.*, n. 262605 –.

Su questa falsariga si è più di recente stabilito che “... ove la fattispecie concreta consenta al giudice di determinare il momento iniziale ed il termine finale della pericolosità sociale qualificata, sono suscettibili di confisca solo i beni acquistati in detto periodo temporale, salva restando la possibilità per il proposto di dimostrare l'acquisto dei beni con risorse preesistenti all'inizio dell'attività illecita” – Sez. VI, 17 maggio 2017, n. 31634, Lamberti e altro, *C.E.D. Cass.*, n. 270710”.

Tanto chiarito, la Corte osserva che, nel caso in esame, è stato accertato il periodo di permanenza della qualità di associato, con conseguente venir meno dei profili di pericolosità sociale a far tempo dalla cessazione di tale condizione.

E però, aggiunge, da tale dato non può essere tratta la

conclusione dell'esaurimento del "raccordo cronologico" tra il momento dell'illecita accumulazione e il relativo reimpiogo, come a voler dire che il collegamento tra beni di illecita provenienza e condotta criminosa sussista a condizione che l'acquisto sia stato fatto nel tempo della partecipazione associativa.

Se così fosse, si avrebbe una sorta di condono per tutte le condotte di acquisizione che, pur compiute attraverso la provvista accumulata mediante la condotta illecita, siano state realizzate in una fase temporale successiva. In più, si attenuerebbe il carattere della confisca, capace di fronteggiare la pericolosità *in rem* di tipo relazionale, e quindi di colpire il bene, la cui pericolosità non è intrinseca ma deriva dal legame di appartenenza ad un determinato soggetto che ne dispone in ragione specifica dei propri connotati e trascorsi di persona "penalmente qualificata".

Nei casi come quello in esame, la mancanza di elementi che comprovino la legittima provenienza dei beni rafforza la condizione della "ingiustificata degli incrementi patrimoniali", con conseguente soddisfacimento del principio di ragionevolezza temporale. Ed infatti, quando gli acquisti sono compiuti nel periodo immediatamente successivo a quello per cui è stata accertata la pericolosità qualificata e vi è prova che siano direttamente realizzati con la provvista formata nel periodo di illecita attività, la confisca è giustificata dal collegamento logico tra il fatto presupposto, la

pericolosità del proposto e l'incremento patrimoniale ingiustificato.

Non può parlarsi di automatica traslazione tra i beni confiscati e la qualità soggettiva ascritta al prevenuto, se il collegamento tra detti beni, o meglio: tra la provvista utilizzata per il loro acquisto, e il periodo di criminale militanza associativa ha formato oggetto di approfondimento senza ricevere smentita dalle allegazioni difensive (mancata dimostrazione della legittima origine di quei cepti), e si è trovato saldamente ancorato ad una palese sperequazione di valore con i redditi legittimi del prevenuto.

Il principio di ragionevolezza temporale non esclude che siano acquisiti elementi indizianti circa l'origine delle accumulazioni patrimoniali, anche se realizzatesi in epoca di gran lunga successiva alla cessazione delle condizioni di pericolosità soggettiva, in riguardo al periodo di sussistenza di quelle stesse condizioni. Ragionando altrimenti, il dato temporale sarebbe esso stesso parametro scriminante agli effetti dell'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, in violazione della lettera e della *ratio* del sistema.

Gli effetti. La Corte di cassazione, in forza di quanto appena riassunto, ha rigettato i ricorsi e ha condannato i ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

Patrocinio a spese dello Stato, compensi al difensore e inammissibilità della richiesta

Cassazione penale, Sez. I, 26 marzo 2018 (ud. 14 marzo 2018), n. 14032 – Pres. Di Tomassi – Est. Rocchi – P.M. Di Leo (diff.) – M.D.

Difensori (nel processo penale) – Patrocinio dei non abbienti – Liquidazione compensi – Giudice dell'esecuzione – Richiesta annullamento o sospensione ordine carcerazione – Inammissibilità – Carenza interesse sopravvenuta – Compenso al difensore – Spettanza – Esclusione – Ragioni

La questione: se il compenso al difensore, nei casi di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, spetti nel caso in cui sia dichiarata inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, la richiesta, diretta al giudice dell'esecuzione, di annullamento o sospensione dell'ordine di carcerazione emesso dal P.M.

Il fatto. Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Padova, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha dichiarato l'inammissibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, della richiesta difensiva di annullamento o sospensione dell'ordine di carcerazione. Ed infatti, nonostante il rigetto, ad opera del pubblico ministero, della revoca o sospensione dell'ordine di carcerazione nei confronti del condannato ristretto ai domiciliari, e ciò perché il reato oggetto di condanna rientra nel novero di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., il magistrato di sorveglianza lo ha ammesso in via provvisoria all'affidamento in prova c.d. terapeutico, con obbligo di residenza presso la stessa comunità terapeutica presso cui erano in corso gli arresti domiciliari.

Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il difensore del condannato, che ha dedotto il vizio di violazione di legge, dato che l'art. 656, 9° comma, lett. a), c.p.p. prevede la deroga al regime di non sospensibilità dell'esecuzione della pena irrogata per determinati reati, proprio per i casi di tossicodipendenti in stato di restrizione domiciliare. Ha poi dedotto violazione di legge, in specie dell'art. 568, comma 4, e dell'art. 591 c.p.p., sussistendo l'interesse ad un provvedimento nel merito della richiesta,

invece dichiarata inammissibile, in vista della futura istanza di riparazione per ingiusta detenzione. Ha quindi aggiunto che il provvedimento impugnato ha pregiudicato l'interesse della parte, ammessa al gratuito patrocinio, alla liquidazione dei compensi del difensore.

La decisione. La Corte di cassazione ritiene che il ricorso non sia meritevole di accoglimento. Precisa, nel merito della questione, che la decisione di non sospendere l'ordine di esecuzione fu certamente errata, dato che l'art. 656, 9° comma, c.p.p. afferma chiaramente che il divieto di sospensione in riguardo ai condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. non si applica a coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'art. 89 del D.P.R. n. 309/1990. Sul punto, la Corte di cassazione si è già pronunciata, affermando che "la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, a seguito della modifica apportata dall'art. 4 *undecies* della L. n. 49/2006 al comma 9 dell'art. 656 c.p.p., può essere disposta, nei confronti del condannato per i delitti di cui all'art. 4 *bis*, L. n. 354/1975 solo nell'ipotesi in cui questi si trovi agli arresti domiciliari e indipendentemente dallo stato di tossicodipendenza, in ra-

gione dell'abrogazione, da parte dell'art. 4-*octies* della citata legge dell'art. 91, 3° comma, D.P.R. n. 309/1990 – Sez. I, 11 luglio 2007, n. 31144, Felaco, *C.E.D. Cass.*, n. 237477 –.

Nonostante l'erroneità della decisione di non sospendere l'ordine di carcerazione, il ricorso va rigettato, perché il prospettato duplice interesse a un provvedimento del giudice dell'esecuzione che affermi l'illegittimità della mancata sospensione non sussiste.

Non è riscontrabile un interesse in vista della futura riproposizione di una domanda di riparazione per ingiusta detenzione, perché nel caso in esame non si discute della illegittimità dell'ordine di esecuzione, ma di adozione, certo errata, di una modalità di esecuzione differente. Se il pubblico ministero avesse sospeso l'esecuzione, il condannato sarebbe rimasto in detenzione domiciliare, secondo quanto previsto dall'art. 656, 10° comma, c.p.p., espiando in tal modo, e fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza, la pena irrogata. Si è già stabilito, sia pure in tema di esecuzione domiciliare delle pene detentive brevi, che "l'esecuzione domiciliare della pena in luogo dell'espiazione in carcere, a norma dell'art. 1 legge n. 199/26 novembre 2010, attiene alle modalità esecutive della condanna e la sua negazione non configura, pertanto, alcuna illegittima violazione della libertà personale del condannato, sia per la disciplina europea, sia per l'ordinamento interno" – Sez. I, 20 gennaio 2014, n. 15747, Forlani, *C.E.D. Cass.*, n. 259596 –. Proprio in forza di tale principio si è allora detto come non possa configurarsi il permanere dell'interesse al ricorso avverso il rigetto della richiesta di esecuzione domiciliare della pena in capo al condannato che, nelle more del giudizio di legittimità, abbia cessato l'espiazione della

condanna, nonostante l'evocazione, appunto, della possibilità di proporre domanda di riparazione per ingiusta detenzione.

Non è poi deducibile l'esistenza dell'interesse fondato sull'art. 106 del D.P.R. n. 115/2002, dato che il ricorrente è stato ammesso al patrocinio a spese dello Stato. L'articolo menzionato prevede che "il compenso per le impugnazioni coltivate dalla parte non è liquidato se le stesse sono dichiarate inammissibili". La ragione è duplice: l'incidente promosso per l'annullamento o la sospensione dell'ordine di carcerazione non costituisce impugnazione, dato che si tratta di provvedimento non giurisdizionale e non autonomamente impugnabile, avverso il quale è proponibile soltanto l'incidente di esecuzione – Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 10126, Di Cristo, *C.E.D. Cass.*, n. 254978 –; la disposizione dell'art. 106 cit. va letta nel senso che la mancata liquidazione del compenso per le impugnazioni consegue esclusivamente alla proposizione di una impugnazione sin dall'origine inammissibile, e non ad una pronuncia di inammissibilità derivata da cause sopravvenute, di cui, quindi, colui che ha proposto l'impugnazione non è responsabile. La Corte aggiunge che siffatta interpretazione è obbligata in ragione della *ratio* della norma, che è di non porre a carico dello Stato il compenso per attività processuale inutili o dilatorie, e della irragionevolezza della soluzione opposta.

Gli effetti. La Corte di cassazione ha pertanto rigettato del ricorso, e ha condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Recentissime Consiglio di Stato

a cura di Claudio Contessa

Offerta di carte di credito revolving e pratiche commerciali scorrette

Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2018, n. 1670 – Pres. Santoro – Est. Buricelli – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Findomestic Banca s.p.a. e La Rinascente s.p.a.

Consumatore (tutela del) – Offerta ai clienti da parte di una catena commerciale di una carta di credito revolving – Presupposti e condizioni per configurare una pubblicità ingannevole (D.Lgs. n. 206/2005, artt. 20 e segg.)

La questione: si può ritenere che sia configurabile una pratica commerciale scorretta (e, in particolare, una pratica ingannevole) laddove una catena commerciale offra ai propri clienti una carta di credito "revolving" in occasione degli acquisti, senza informarli in modo adeguato circa le caratteristiche del prodotto?

A fronte di una pratica commerciale scorretta nel settore dell'emissione di carte di credito revolving la competenza ad accertare e sanzionare l'operato del professionista spetta all'AGCM oppure alla Banca d'Italia?

Il fatto. Nel corso del 2008 l'Autorità *Antitrust* avvia un'indagine finalizzata a chiarire se l'operatore finanziario Findomestic e l'operatore della grande distribuzione "La Rinascente" abbiano posto in essere una pratica commerciale

scorretta ai sensi degli artt. 20 e segg. del D.Lgs. 206/2005 (c.d. "Codice del consumo").

In particolare, l'istruttoria si concentra sulle modalità di pubblicizzazione e diffusione presso il pubblico della "Ri-

nascentecard”, una carta di credito di tipo “*revolving*” che consente ai consumatori sia di effettuare acquisti, sia di rateizzare i relativi importi nel corso del tempo, in tal modo configurandosi (almeno in parte) come strumento di credito al consumo.

All’esito dell’istruttoria l’AGCM (dopo avere acquisito il parere dell’AGCOM) stabilisce che la condotta posta in essere dai due operatori professionali (entrambi colpevoli della pratica in contestazione) sia qualificabile come pratica commerciale aggressiva ai sensi degli artt. 24 e segg. del “Codice del consumo” e li sanziona conseguentemente con pene piuttosto rilevanti (150mila euro a carico de “La Rinascente” e 180mila euro a carico di Findomestic).

Le due società impugnano il provvedimento dell’Autorità *Antitrust* dinanzi al T.A.R. del Lazio il quale accoglie solo in parte i ricorsi.

In particolare i Giudici romani:

- confermano che nel caso in esame i due operatori si siano resi responsabili (sia pure, con modalità differenziate) di una pratica commerciale scorretta ai sensi del Tit III, Capo II del “Codice del consumo”;

- stabiliscono, in particolare, che nel pubblicizzare e nel diffondere al pubblico la “*Rinascentecard*”, gli operatori coinvolti avrebbero violato l’obbligo di diligente e completa informazione al consumatore circa le caratteristiche del prodotto (con particolare riguardo al carattere oneroso della linea di credito attivata attraverso il meccanismo della carta “*revolving*”);

- negano invece (e contrariamente alla tesi del AGCM) che nel caso in esame si configuri la più grave ipotesi di “pratica commerciale aggressiva” e limitano la fattispecie alla figura della pratica ingannevole;

- respingono il motivo con cui si era negata la competenza di AGCM (in favore del quella della Banca d’Italia, quale Organo di vigilanza nel settore dei servizi finanziari).

La sentenza in questione viene impugnata in appello dall’AGCM la quale lamenta, in particolare, che erroneamente il T.A.R. abbia derubricato l’illecito da pratica commerciale aggressiva a mera pratica ingannevole (in tal modo attenuando la sanzione irrogabile).

La sentenza viene altresì impugnata con appello incidentale da “La Rinascente” e da Findomestic i quali ne lamentano sotto svariati profili l’illegittimità, con particolare (ma non esclusivo) riguardo alla competenza di AGCM a conoscere della questione.

La decisione. La Sesta Sezione del Cons. Stato respinge l’appello principale dell’Autorità *Antitrust* e respinge altresì l’appello incidentale degli operatori (salvo una limitata determinazione del *quantum* della sanzione).

Pe ragioni di sintesi ci si soffermerà qui di seguito su due soltanto dei numerosi aspetti esaminati dalla decisione: *i*) la questione della qualificazione dell’illecito; *ii*) la questione della sussistenza della *potestas decidendi* in capo ad AGCM.

Per quanto riguarda il primo aspetto, i Giudici di Palazzo Spada confermano la tesi del TAR (contraria alle prospettazioni dell’Autorità) e affermano che la pratica in contestazione sia qualificabile come “pratica ingannevole” (artt. 21-23 del “Codice del consumo”) e non anche come “pratica aggressiva” (artt. 24-26), assoggettata a un più aspro regime sanzionatorio.

In particolare, nel descrivere la pratica in contestazione il Cons. Stato conferma l’inescusabile negligenza informativa che ha caratterizzato il contegno di entrambi gli operatori, con particolare riguardo alle omissioni informative circa l’effettivo carattere “*revolving*” della carta di credito e circa le condizioni della linea di credito al consumo (onerosa) associata al rilascio della carta.

I Giudici di Palazzo Spada, però, negano che nel caso in esame sia configurabile una “pratica commerciale aggressiva”, che resta limitata (ai sensi dell’art. 24 del “Codice”) alle ipotesi di “molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento” volti ad esercitare sul consumatore una pressione idonea a limitare in modo notevole la sua capacità di prendere una decisione commerciale consapevole.

Non può infatti ritenersi che nel caso in esame il consumatore fosse coartato a concludere un acquisto della cui convenienza non era convinto (secondo lo schema tipico della pratica aggressiva). Al contrario, ricorreva nel caso in esame lo schema della pratica ingannevole, in quanto al consumatore non venivano prospettate in modo adeguato le caratteristiche del prodotto, indicendolo a un acquisto spontaneo ma non consapevole.

Il secondo aspetto di particolare interesse su cui si sofferma la decisione in esame è quello relativo all’individuazione della *potestas decidendi* di AGCM.

Secondo “La Rinascente” e Findomestic, la competenza in materia sarebbe spettata alla Banca d’Italia (in quanto Organismo deputato alla vigilanza sul settore creditizio) e non all’*Antitrust*, ai sensi del principio di specialità che, in tema di pratiche commerciali scorrette, è sancito dalla Dir. 2005/29/CE e dall’art. 27 del “Codice del consumo”.

Il Collegio respinge la tesi osservando (in sintesi):

- che la disciplina *ratione temporis* applicabile non demandava in modo specifico alla Banca d’Italia compiti di vigilanza in tema di tutela del consumatore (riservando alla stessa, piuttosto, generali compiti in tema di vigilanza sul settore creditizio);

- che, quindi, nel settore in esame doveva ritenersi prevalente la generale funzione di tutela del consumatore cui mira, in termini funzionali, la generale competenza di AGCM di cui all’art. 27 del “Codice del consumo”;

- che la stessa Ad. plen. (sent. 14/2012) ha riconosciuto la competenza di AGCM a conoscere di pratiche commerciali scorrette poste in essere da un operatore finanziario assoggettato alla disciplina del TUB;

- che il quadro interpretativo così ricostruito risulta del tutto conforme all’Ordinamento UE (e in particolare alla Dir. 2005/29/CE in tema di pratiche sleali), ragione per cui non vi è ragione per adottare un’ordinanza di rinvio pregiudiziale della questione alla CGUE.

Gli effetti. Per effetto della sentenza in rassegna vengono chiariti i presupposti e le condizioni perché sia configurabile una pratica commerciale scorretta (e, in particolare, una pratica ingannevole) a fronte dell’offerta ai clienti di una catena commerciale di una carta di credito del tipo “*revolving*” in occasione degli acquisti.

Viene altresì chiarito che, in ipotesi quale quella dinanzi descritta, la competenza ad accertare e sanzionare la PCS spetta in via generale all’AGCM e non alla Banca d’Italia.

Trivellazioni nel mare adriatico e compatibilità ambientale

Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 marzo 2018, n. 1487 – Pres. Tarantino – Est. Verrico – Provincia di Teramo e a. – Ministero dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare e a.

Ambiente – Attività di prospezione e ricerca di gas nel mare Adriatico attraverso la tecnica c.d. “air gun” – Compatibilità ambientale dei relativi interventi – Presupposti e condizioni

La questione: sono legittimi gli atti con cui il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM) e le altre amministrazioni pubbliche competenti hanno dichiarato la compatibilità ambientale del progetto di trivellazione (i.e.: di prospezione e ricerca di gas) al largo della costa adriatica dall’Emilia Romagna fino alla Puglia con la tecnica c.d. “air gun”)?

Il fatto. Con la sentenza in rassegna (e con le altre di contenuto analogo pubblicate in pari data, su ricorsi consimili) il Consiglio di Stato pone la parola fine alla controversa questione della compatibilità ambientale delle attività di prospezione per la ricerca di gas naturale in una vasta zona del mare adriatico (si tratta di una vicenda che ha conosciuto negli ultimi mesi una notevole eco mediatica).

In breve i fati rilevanti.

Nel gennaio del 2011 la società di diritto inglese Spectrum Geo Ltd. Presenta alle competenti Autorità nazionali un progetto finalizzato all’effettuazione in una vasta area del mare adriatico (circa 30mila kmq) di prospezioni volte alla ricerca di gas naturale.

Le prospezioni dovranno essere effettuate con la tecnica del c.d. “air gun” che, secondo alcuni osservatori, potrebbe determinare gravi pregiudizi all’ambiente marino.

Nel 2015 la Provincia di Teramo e sette comuni della riviera abruzzese impugnano gli atti conseguenti l’istanza della società Spectrum e chiedono, in particolare, l’annullamento del decreto del giugno 2015 con cui il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM), con il concerto del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (MiBACT) ha dichiarato la compatibilità ambientale dei proposti interventi.

Il T.A.R. del Lazio (sentenza n. 8564/2016 respinge il ricorso dichiarandone *in toto* l’infondatezza).

La sentenza in questione viene quindi impugnata in appello dalla Provincia di Teramo e dagli altri comuni ricorrenti in primo grado i quali ne chiedono la riforma lamentandone sotto diversi profili l’erroneità.

La decisione. Il Cons. Stato (Quarta Sezione) respinge *in toto* l’appello.

In primo luogo il Collegio esamina il motivo di doglianza (cui era stata data notevole eco mediatica) relativo alla lamentata violazione dell’art. 6, 17° comma del “Codice dell’ambiente” del 2006 (ai sensi di tale disposizione, all’interno del perimetro delle aree marine e costiere a qualsiasi titolo protette per scopi di tutela ambientale, nonché entro le dodici miglia da esse, sono vietate le attività di ricerca, di prospezione nonché di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in mare).

I Giudici di Palazzo Spada dichiarano infondato il motivo rilevando che già dal gennaio del 2016 il Ministero dello Sviluppo Economico aveva provveduto a ripermire l’area di intervento, curando di rispettare il richiamato vincolo delle dodici miglia ai sensi dell’art. 6, 17° comma, cit.

In secondo luogo il Collegio esamina il motivo con cui gli Enti appellanti hanno censurato il mancato coinvolgimento, nell’*iter* relativo al progetto della Spectrum, di tutti i livelli di governo interessati (a partire dal livello regionale).

Sotto tale aspetto i Giudici di Palazzo Spada osservano:

– che l’eventuale violazione delle prerogative partecipative della Regione (quand’anche sussistenti), avrebbe dovuto essere censurata dalla stessa Regione (e non dalla Provincia e dai comuni ricorrenti);

– che in ogni caso, trattandosi di intervento assoggettato a VIA statale, il parere richiesto alle regioni interessate è soltanto di carattere “collaborativo e non vincolante”. Ne consegue che l’eventuale (e neppure certa) violazione di carattere procedimentale non potrebbe comunque viziare gli atti conclusivi del procedimento, anche ai sensi dell’art. 21 *octies* della L. n. 241/1990 relativo alle cc.dd. “illegittimità non invalidanti”;

– che, in ogni caso, la società procedente aveva informato gli Enti ricorrenti del progetto già nell’ottobre del 2011, ragione per cui gli stessi “[sono] stati effettivamente posti nella condizione di partecipare attivamente, ove l’avessero voluto, al procedimento diretto a conseguire il giudizio sulla compatibilità ambientale, fornendo il proprio contributo”.

In terzo luogo il Cons. Stato esamina il motivo con cui si è lamentata la violazione dei limiti dimensionali posti dalla L. n. 9/1991, art. 6, 2° comma, secondo cui “l’area del permesso di ricerca deve essere tale da consentire il razionale sviluppo del programma di ricerca e non può comunque superare l’estensione di 750 chilometri quadrati”.

Il motivo viene dichiarato infondato in ragione dell’oggettiva diversità fra

– (da un lato) le attività di “ricerca” cui è riferito il limite dei 750 chilometri quadrati di cui alla L. n. 9/1991, cit. e

– (dall’altro) le diverse – e meno invasive – attività di “prospezione” cui fanno riferimento i titoli abilitativi in contestazione. In particolare, con D.M. 7 dicembre 2016 è stato chiarito che le attività di “prospezione” consistono “in rilievi geografici, geologici, geochimici e geofisici eseguiti con qualunque metodo e mezzo, escluse le perforazioni meccaniche di ogni specie, ad eccezione dei sondaggi geotecnici e geognostici, intese ad accertare la natura del sottosuolo e del sottofondo marino”.

Il ricorso in appello viene, quindi, integralmente respinto.

Gli effetti. Per effetto della sentenza in esame (e delle altre di contenuto analogo pubblicate in pari data) il Cons. Stato conferma (al pari di quanto già deciso dal T.A.R. dell’Abruzzo) la legittimità degli atti con cui le amministrazioni statali competenti hanno sancito la compatibilità ambientale del progetto di prospezione e ricerca di gas naturale al largo delle coste adriatiche.

Principi di diritto dell'Adunanza plenaria e vincolo della *res iudicata*

Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2 – Pres. Pajno – Est. Contessa – Safital s.r.l. – Mattioda Pierino & figli s.p.a.

Processo amministrativo – Rimessione all'Ad. plen. in funzione nomofilattica (art. 99 c.p.a.) – Enunciazione di un principio di diritto – Inidoneità a determinare un vincolo di giudicato

La questione: quando l'Ad. plen. decide di non definire il giudizio ma di limitarsi a enunciare un principio di diritto che dovrà essere applicato dalla Sezione semplice (art. 99 c.p.a.), tale principio di diritto è idoneo a costituire un vincolo di giudicato?

Il fatto. Nel corso del 2013 la Società Autostrade Valdostane (SAV) indice una gara a procedura ristretta per l'aggiudicazione di lavori di sostituzione di alcune barriere spartitraffico.

All'esito della procedura l'appalto viene aggiudicato al RTI guidato dalla Mattioda Pierino & figli s.p.a., mentre al secondo posto si colloca la Safital s.r.l.

Gli esiti della gara vengono quindi impugnati dinanzi al T.A.R. della Valle d'Aosta dalla Safital, la quale lamenta, in particolare: *i*) che la Mattioda avrebbe dovuto essere esclusa per aver violato le previsioni in tema di "subappalto necessario" (non avendo indicato il nominativo dell'impresa di cui si sarebbe avvalsa per supplire un necessario requisito di partecipazione id cui era carente); *ii*) che la stessa Mattioda avrebbe dovuto essere esclusa *anche* per non avere indicato in modo certo ed esplicito gli oneri per la sicurezza interni o aziendali connessi all'offerta formulata.

Il TAR accoglie il motivo il ricorso *sub i*) (e annulla conseguentemente l'aggiudicazione per violazione della disciplina in tema di subappalto necessario) e reputa quindi assorbito l'ulteriore motivo di ricorso relativo alla mancata indicazione degli oneri per la sicurezza, non pronunciandosi sul punto.

La sentenza viene impugnata in appello dalla Mattioda e, nel corso del giudizio, la IV Sezione rimette (per la prima volta) all'Ad. plen. due quesiti interpretativi (ord. 2707/2015).

Il primo quesito riguarda l'effettiva portata dell'istituto del "subappalto necessario".

Il secondo quesito riguarda la concreta portata del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza. Il quesito in parola risulta particolarmente importante e delicato in quanto, appena pochi mesi prima, l'Ad. plen. aveva reso una statuizione di particolare rigore sul tema (Ad. plen. 3/2015), al punto da indurre alcuni interpreti a ravvisare un vero e proprio caso di *overruling*.

L'Ad. plen. risponde al primo quesito fornendo una lettura dell'istituto del subappalto favorevole all'aggiudicataria/appellante.

Per quanto riguarda, invece, il secondo quesito, l'Ad. plen. fornisce ancora una volta una risposta di notevole rigore, affermando che non sia possibile riconoscere il beneficio del soccorso istruttorio alle imprese che (ignare della rigida interpretazione che l'Ad. Plen avrebbe fornito nel marzo del 2015 sul tema degli oneri di sicurezza aziendale) non avevano indicato in modo puntuale tali oneri in sede di offerta, pur avendoli in concreto sostenuti.

È qui importante osservare che la rigida interpretazione fornita dal Cons. Stato (con le sentenze nn. 3 e 9/2015) sul tema dell'indicazione degli oneri di sicurezza è stata in parte rivista con la più recente sentenza n. 19/2016 la quale

ha di fatto ammesso il beneficio del soccorso istruttorio per le gare anteriori al 2015.

Ebbene, una volta ritornata la questione alla Sezione rimettente, questa accoglie il ricorso dell'aggiudicataria (sent. 1448/2016) sia per ciò che riguarda la questione del subappalto necessario, sia per quanto riguarda gli oneri di sicurezza, in tal modo – apparentemente – discostandosi dalle indicazioni fornite dall'Ad. plen. n. 9/2015.

La sentenza in questione viene quindi impugnata in revocazione dalla seconda classificata Safital, la quale lamenta che – per una sorta di abbaglio dei sensi – la Quarta Sezione non avrebbe applicato i rigorosi (ma chiari) principi di diritto enunciati dall'Ad. plen. n. 9/2015.

La ricorrente in revocazione lamenta, altresì, che il Cons. Stato avrebbe pronunciato in violazione del giudicato formatosi fra le parti sulla questione della mancata indicazione degli oneri di sicurezza per effetto della decisione n. 9/2015.

A questo punto della vicenda la IV Sezione (in veste di Giudice della revocazione) rimette nuovamente all'Ad. plen. alcune questioni interpretative concernenti, in particolare, la sussistenza o meno di un vincolo del giudicato a seguito dell'enunciazione di un principio di diritto da parte dell'Ad. plen. e – più in generale – l'idoneità di una decisione che enuncia un principio di diritto *ex art. 99 c.p.a.* a costituire giudicato fra le parti (ord. n. 3805/2017).

La decisione. In primo luogo il Collegio sintetizza i quesiti formulati dalla IV Sezione.

La prima questione da risolvere riguarda se, con la statuizione resa dall'Ad. plen. n. 9/2015 sulla questione degli oneri di sicurezza, il Collegio abbia inteso risolvere *in parte qua* la controversia, ovvero se si sia limitata – come è ben possibile ai sensi dell'art. 99 c.p.a. – a enunciare un principio di diritto, rimettendo per il resto la questione alla Sezione semplice.

L'Ad. plen. risolve la questione nel primo dei sensi indicati in quanto, dall'esame degli atti di causa, emerge senz'altro che l'Ad. plen. abbia inteso soltanto enunciare un principio di diritto.

Occorre a questo punto stabilire la portata vincolante o meno di tale principio di diritto in relazione al *casus decisis*.

L'Ad. plen. esclude che si possa operare una graduazione in ordine ai principi di diritto enunciati ai sensi dell'art. 99 c.p.a. (nel senso di ammettere una sorta di *climax* fra principi più o meno aderenti alle peculiarità della vicenda di causa).

Osserva il Collegio che la normativa processuale riconosce all'Ad. plen. solo una scelta binaria fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto (che orienterà poi la decisione della Sezione rimettente). Al contrario, non vi è spazio sistematico per

ammettere un'ulteriore distinzione fra principi di diritto più o meno aderenti alle peculiarità della *res controversa*.

L'Ad. plen. esamina, quindi, il quesito relativo all'idoneità o meno dell'enunciato principio di diritto a costituire fra le parti un vincolo di giudicato.

Il Collegio risolve la questione in senso negativo: dal complesso dell'ordinamento processuale amministrativo emerge che il giudicato può formarsi solo sui capi decisori della sentenza, ma non anche sulle enunciazioni dei principi di diritto.

Del resto, la stessa giurisprudenza della Cassazione ha chiarito che non può formarsi *res iudicata* sulle decisioni della S.C. che abbiano annullato con rinvio una decisione enunciando al contempo il principio di diritto cui il Giudice *ad quem* dovrà conformarsi.

L'Ad. plen. chiarisce infine che, una volta enunciato il principio nomofilattico *ex art. 99 c.p.a.*, la relativa attività di interpretazione e contestualizzazione al caso concreto spetta alla sezione semplice e non alla stessa Ad. plen.

Conclusivamente, l'Ad. plen. enuncia i seguenti principi di diritto:

“1. L'enunciazione [del principio di cui alla] sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 9 del 2015 non presenta carattere decisorio ma rappresenta l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.

2. L'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto.

3. Ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata.

4. L'attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. in relazione alle peculiarità del caso concreto spetta alla Sezione cui è rimessa la decisione del ricorso”.

Gli effetti. Per effetto della decisione in rassegna vengono resi chiarimenti di indubbio rilievo sistematico circa la portata delle decisioni dell'Ad. plen. le quali (invece di definire *in toto* il giudizio) si limitino a enunciare un principio di diritto *ex art. 99 c.p.a.* Viene in particolare chiarito che tali sentenze sono inidonee ad acquisire *ex se* il crisma della *res iudicata*.

Equo indennizzo nel P.I. e *compensatio lucri cum damno*

Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1 – Pres. Pajno – Est. Lopilato – Ministero della Giustizia – F.G.

Danni patrimoniali e non patrimoniali – Danni alla persona dipendenti da causa di servizio – Equo indennizzo – Detraibilità dall'importo liquidabile ai fini del ristoro del danno non patrimoniale alla salute – *Compensatio lucri cum damno*

La questione: nel caso di condotta (commissiva o omissiva) del datore di lavoro la quale abbia determinato un danno alla salute del dipendente, l'importo liquidato in suo favore a titolo di equo indennizzo deve essere o meno detratta dall'importo liquidabile a titolo *stricto sensu* risarcitorio?

Il fatto. Il dott. F.G., sostituto procuratore della Repubblica presso la Procura della Repubblica di Paola (CS) per oltre un decennio è costretto a lavorare in un edificio fatiscente realizzato (fra l'altro) in lastre di cemento-amianto lesionate e perforate e che rilasciano, quindi, fibre altamente patogene.

Nel 1995 la competente ASL raccomanda l'immediata rimozione di tali lastre al fine di salvaguardare la salute dei lavoratori, ma le prescrizioni così impartite non hanno seguito.

Nel dicembre del 2001 il dott. F.G. presenta ai competenti Organi del Ministero della Giustizia un'istanza finalizzata al riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità da lui contratta (si tratta di un carcinoma renale e di altre importanti patologie verosimilmente connesse all'insalubrità dei luoghi di lavoro).

Nel marzo del 2005 il Comitato di Presidenza del CSM dichiara la dipendenza della causa di servizio (D.P.R. n. 349/1994; D.P.R. n. 686/1957) in relazione alle patologie contratte dal Magistrato e riconosce allo stesso “la misura massima prevista dalle vigenti disposizioni di legge ai fini della concessione dell'equo indennizzo”. Allo stesso viene

conseguentemente liquidata una somma pari a circa 49mila euro.

Nel 2011 il dott. F.G. propone ricorso dinanzi al T.A.R. della Calabria (in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 3 e 63 del D.Lgs. n. 165/2001) al fine di ottenere il ristoro del danno non patrimoniale alla salute patito a causa della prolungata esposizione all'amianto cui era stato sottoposto nel corso degli anni.

Con sent. n. 849/2016 il Tribunale amministrativo adito accoglie il ricorso risarcitorio e liquida in favore del ricorrente un ulteriore importo pari a circa 85mila euro.

Il Giudice calabrese osserva che dall'importo in questione non debba essere detratto quanto già liquidato al dipendente a titolo di equo indennizzo per le medesime patologie, non ravvisandosi nel caso in esame un'ipotesi di *compensatio di lucri cum damno*.

Pertanto, le due attribuzioni patrimoniali possono (e debbono) essere riconosciute in modo cumulativo al dipendente, svolgendo funzioni distinte e rinvenendo nell'episodio morbile una mera occasione (ma non una vera e propria identità causale).

La sentenza in questione viene impugnata in appello dal Ministero della Giustizia il quale lamenta che il T.A.R.

abbia erroneamente interpretato ed applicato nel caso in esame il generale divieto di *compensatio lucri cum damno*.

Con ord. n. 2719/2017 la Quarta Sezione, ravvisato un contrasto in giurisprudenza in ordine a un punto di diritto rilevante ai fini del decidere, sospende il giudizio e rimette all'Ad. plen. (art. 99 c.p.a.) la questione dei limiti di applicabilità del divieto di *compensatio* nelle controversie di impiego pubblico.

La decisione. In primo luogo il Cons. Stato richiama le (tre) funzioni che possono essere assolte dalla responsabilità civile: *a*) la finalità generale e prioritaria è quella di mera compensazione della lesione patita; *b*) la finalità generale e secondaria è quella preventiva o dissuasiva (volta ad evitare il ripetersi di episodi del medesimo tipo); *c*) la finalità specifica e ulteriore è quella sanzionatoria-punitiva nei confronti del danneggiante (si tratta, però, di ipotesi che rispondono a un principio di stretta legalità).

Per quanto riguarda la struttura del rapporto obbligatorio conseguente a una condotta dannosa, il Collegio richiama tre ipotesi:

1) la prima è quella in cui vi sia un solo soggetto responsabile del danno e la cui condotta ha cagionato – allo stesso tempo – un danno e un vantaggio al soggetto leso. In tali ipotesi la *compensatio* è semplicemente finalizzata a evitare che il responsabile sia tenuto a pagare una somma superiore a quella necessaria a reintegrare il patrimonio leso;

2) la seconda ipotesi è quella in cui vi sia un solo soggetto autore della condotta lesiva e due soggetti obbligati in conseguenza di ciò ad attribuzioni patrimoniali di vario genere (si pensi al caso in cui, a fronte della condotta lesiva, operi un'assicurazione privata per i danni patiti). Per tali ipotesi, vi è allo stato un contrasto in giurisprudenza circa la possibilità di ammettere il cumulo in favore del danneggiato (con un evidente effetto di sovracompensazione) ovvero circa l'operatività del meccanismo della *compensatio*. Ed infatti, dal punto di vista eziologico, entrambe le attribuzioni (quella risarcitoria e quella indennitaria in ambito assicurativo) sono eziologicamente riferibili al medesimo fatto illecito.

3) la terza ipotesi (ricorrente nel caso in esame) è quella in cui la condotta del responsabile sia unica, ma le conseguenti fonti di obbligazione siano diverse (una di carattere indennitario e una di carattere squisitamente risarcitorio ex art. 2087 c.c.).

Ebbene, fino a tempi piuttosto recenti, la giurisprudenza del Cons. Stato aveva ritenuto che l'erogazione dell'equo indennizzo in favore del dipendente non fosse volta a proteggere il bene "integrità psico-fisica" in quanto tale, ma che mirasse piuttosto a indennizzare "la speciale condizione del dipendente divenuto infermo in ragione del suo

rapporto con l'amministrazione e del servizio prestato" (Cons. Stato, Ad. plen. n. 15/1985; *id.*, Ad. plen. n. 5/2009). Secondo tale impostazione, non vi sarebbero ostacoli al cumulo dal momento che la compromissione della salute non rappresenterebbe la *causa* dell'attribuzione indennitaria, bensì la mera *occasione* della sua erogazione.

L'Ad. plen. ritiene però che tale orientamento vada riveduto.

Secondo il Collegio, in particolare:

– deve ritenersi che l'indennità di cui al D.P.R. n. 686/1957 abbia natura sostanzialmente analoga a quella risarcitoria ex art. 2087 cod. civ. e che, quindi, giustifichi l'operatività del meccanismo della *compensatio*;

– la nozione di indennità (tipicamente riferita a un atto lecito dannoso) è certamente compatibile anche con il ristoro di un atto illecito dannoso come quello che qui rileva;

– la finalità dell'indennità di cui al D.P.R. n. 686, cit. è quella di ristoro della perdita dell'indennità psico-fisica (al pari del rimedio risarcitorio);

– nel caso di atto illecito del datore di lavoro pubblico che abbia determinato una compromissione del bene-salute, la condotta unica fa sorgere due obbligazioni (da atto illecito) aventi entrambe la funzione compensativa del bene compromesso;

– a ben vedere (piuttosto che di *compensatio lucri cum damno*) deve parlarsi di divieto di cumulo finalizzata ad evitare forme di sovracompensazione (ovvero, di danni punitivi, che nel caso in esame non trovano un fondamento normativo).

Conclusivamente, l'Ad. plen. enuncia il seguente principio di diritto: "la presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario".

Gli effetti. Per effetto della sentenza in esame viene chiarito che, in caso di condotta del datore di lavoro pubblico che abbia causalmente determinato un danno alla salute del dipendente, gli importi corrisposti in favore di quest'ultimo a titolo di equo indennizzo devono essere detratti (secondo lo schema della *compensatio lucri cum damno*) dall'importo dovuto a titolo risarcitorio.

Recentissime Corti europee

a cura di Daniele Amoroso e Massimo Francesco Orzan*

Clausole compromissorie in TBI conclusi tra Stati membri incompatibili con diritto UE

Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 6 marzo 2018, C-284/16 – Pres. Lenaerts – Rel. Tizzano – Avv. Gen. Wathelet – Achmea

Rinvio pregiudiziale – Trattato bilaterale d'investimento concluso nel 1991 tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca e tuttora applicabile tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica slovacca – Disposizione che consente a un investitore di una parte contraente di adire un collegio arbitrale in caso di controversia con l'altra parte contraente – Compatibilità con gli artt. 18, 267 e 344 TFUE – Nozione di "giurisdizione" – Autonomia del diritto dell'Unione

La questione: nell'ambito di un ricorso pendente dinanzi ad esso, il *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia, Germania), ha deciso di sospendere il procedimento e di domandare alla Corte se l'art. 344 TFUE osti all'applicazione di una clausola di un accordo bilaterale in materia di investimenti concluso tra gli Stati membri dell'Unione, in base alla quale un investitore di uno Stato contraente, in caso di controversie in materia di investimenti nell'altro Stato contraente, può avviare nei confronti di quest'ultimo un procedimento dinanzi a un collegio arbitrale, nel caso in cui l'accordo in materia di investimenti sia stato concluso anteriormente all'adesione dello Stato contraente all'Unione, ma la procedura arbitrale debba essere avviata solo successivamente. In caso di risposta negativa, il *Bundesgerichtshof* domanda se l'art. 267 TFUE osti all'applicazione di una clausola di tale tipo. Infine, nell'ipotesi di risposta negativa ad entrambe le questioni, la giurisdizione di rinvio domanda se l'art. 18, 1° comma, TFUE, nelle circostanze descritte nella prima questione, osti all'applicazione di una clausola di tal genere.

Il fatto. Nel 1991, la Cecoslovacchia e i Paesi Bassi hanno concluso un accordo sulla promozione e tutela degli investimenti (TBI). Il TBI dispone che le controversie tra uno Stato contraente e un investitore dell'altro Stato contraente devono essere definite in via amichevole, ovvero, qualora ciò sia impossibile, dinanzi a un collegio arbitrale. Nel 1993, la Slovacchia è succeduta nei diritti e negli obblighi della Cecoslovacchia. Nel 2004, la Slovacchia ha aperto agli investitori privati il proprio mercato dell'assicurazione malattia. L'Achmea, un'impresa appartenente a un gruppo assicurativo olandese, ha quindi stabilito in Slovacchia una filiale al fine di offrire in tale paese assicurazioni malattia private. Tuttavia, nel 2006, la Slovacchia ha parzialmente revocato la liberalizzazione del mercato dell'assicurazione malattia, vietando in particolare la distribuzione degli utili generati dalle attività di assicurazione malattia. Nel 2008, l'Achmea ha avviato nei confronti della Slovacchia un procedimento arbitrale sulla base del TBI. Nel 2012, il collegio arbitrale ha constatato che la Slovacchia aveva effettivamente violato il TBI e le ha ordinato di versare all'Achmea un risarcimento. La Slovacchia ha poi proposto, dinanzi a giudici tedeschi, un ricorso di annullamento del lodo arbitrale, sostenendo che la clausola compromissoria contenuta nel TBI era contraria agli artt. 18, 267 e 344 TFUE. Con le questioni pregiudiziali sopraindicate, il *Bundesgerichtshof* chiede alla Corte di chiarire se, in sostanza, la clausola compromissoria contestata dalla Slovacchia sia compatibile con il TFUE.

La decisione. La Corte ha deciso di esaminare congiuntamente la due prime questioni. In primo luogo, la Corte ha verificato se le controversie che è chiamato a conoscere il collegio arbitrale I possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione. Sul punto, la Corte ha rilevato che in ragione delle caratteristiche del diritto dell'Unione, quali l'autonomia di tale diritto nei confronti tanto dei diritti nazionali quanto del diritto internazionale, il suo primato sui diritti nazionali nonché l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni sui cittadini dell'Unione e sugli Stati membri, tale diritto, da un lato, fa parte del diritto in vigore in tutti gli Stati membri e, dall'altro, deriva da un accordo internazionale concluso da tali Stati. Di conseguenza, il collegio arbitrale, che ha reso il lodo, può, per entrambe tali ragioni, essere chiamato ad interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni concernenti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali. In secondo luogo, la Corte ha verificato se un collegio arbitrale come quello previsto nel TBI rientri nel sistema giurisdizionale dell'Unione e, in particolare, se esso possa essere considerato come una giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell'art. 267 TFUE. In proposito, la Corte ha osservato che il collegio arbitrale che ha reso il lodo deroga alle competenze degli organi giurisdizionali slovacchi e olandesi e, pertanto, non rientra nei sistemi giurisdizionali rispettivi dei due Stati membri. Da ciò, la Corte ha concluso che tale collegio arbitrale non può essere qualificato come giurisdizione

* Le opinioni espresse sono personali e non riflettono il punto di vista della Corte di giustizia.

“di uno degli Stati membri” ai sensi dell’art. 267 TFUE relativo al procedimento pregiudiziale e non è, quindi, abilitato ad adire la Corte in via pregiudiziale. In terzo luogo, la Corte ha verificato se la decisione arbitrale emessa da tale collegio fosse soggetta al controllo di un organo giurisdizionale di uno Stato membro che garantisce che le questioni di diritto dell’Unione che tale collegio potrebbe essere indotto a trattare possano, eventualmente, essere esaminate dalla Corte nell’ambito di un rinvio pregiudiziale. Sul punto, la Corte ha osservato che un tale controllo giurisdizionale può essere esercitato dal giudice nazionale solo nella misura in cui il diritto nazionale glielo consenta, condizione che non è pienamente soddisfatta nel caso di specie, poiché il diritto tedesco prevede in realtà solo un controllo limitato in tale materia. A tale proposito, la Corte ha rilevato che, sebbene il controllo dei lodi arbitrari esercitato dagli organi giurisdizionali degli Stati membri possa, a talune condizioni, legittimamente avere un carattere limitato nell’ambito di un procedimento di arbitrato commerciale, tale regola non è applicabile al procedimento di arbitrato di cui alla presente fattispecie. Infatti, mentre il primo procedimento trova la sua origine nell’autonomia della volontà delle parti, il secondo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema di vie di ricorso giurisdizionale che il TFUE impone loro di stabilire nei settori coperti dal diritto dell’Unione, controversie che possono riguardare l’applicazione o l’interpretazione di tale diritto. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha stabilito che la Slovacchia e i Paesi Bassi con la conclusione del TBI hanno istituito un meccanismo di risoluzione delle controversie non idoneo a garantire che le controversie suddette siano giudicate da un organo giurisdizionale rientrante nel sistema giurisdizionale dell’Unione, fermo restando che so-

lo un organo giurisdizionale di tal genere può garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione. Pertanto, la Corte ha giudicato la clausola compromissoria incompatibile con il diritto dell’Unione.

Gli effetti. La sentenza in parola riveste una particolare importanza nella misura in cui sono numerosi i TBI ancora in vigore tra gli Stati membri – la maggior parte dei quali, peraltro, conclusi negli anni 90, cioè prima degli allargamenti del 2004 e del 2007 – che prevedono una clausola compromissoria analoga a quella su cui la Corte si è pronunciata. Ora, le implicazioni della sentenza della Corte sono evidenti. I collegi arbitrari istituiti sulla base di tali accordi non sono giurisdizioni ai sensi del trattato e non possono garantire come invece fanno le giurisdizioni dell’Unione la corretta interpretazione e applicazione del diritto dell’Unione. Ciò significa che non solo la clausola compromissoria del caso di specie ma, in linea di principio, tutte le clausole analoghe apposte nei numerosi trattati sopraccitati sono incompatibili con il diritto dell’Unione. Una qualche cautela sulle conseguenze generali di tale pronuncia va sollevata in ragione del fatto che, nel caso di specie, la Corte ha giudicato che l’ordinamento giuridico tedesco prevede un controllo limitato e non completo da parte del giudice nazionale sulle decisioni adottate dal collegio arbitrale. C’è da chiedersi se, in presenza di un controllo completo su tale decisioni da parte del giudice nazionale, le conclusioni della Corte non avrebbero potuto essere differenti. Ad ogni modo, una possibile soluzione alla situazione creatasi a seguito della pronuncia potrebbe essere rappresentata dal conferimento alla Corte di giustizia della funzione di arbitro nei TBI tra Stati membri ancora in vigore. [Massimo F. Orzan]

Contrarietà del marchio “La Mafia SE SIENTA A LA MESA” all’ordine pubblico

Tribunale Unione Europea, Sez. IX, 15 marzo 2018, T-1/17 – Pres. Gervasoni – Rel. da Silva Passos – La Mafia Franchises, SL/EUIPO e Italia

Unione Europea – Marchio – Procedimento di dichiarazione di nullità – Marchio figurativo dell’Unione europea “La Mafia SE SIENTA A LA MESA” – Impedimento assoluto alla registrazione – Contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume – Art. 7, par. 1, lett. f), Reg. (CE) n. 207/2009 [diventato art. 7, par. 1, lett. f), Reg. (UE) 2017/1001]

La questione: nell’ambito di un ricorso introdotto dalla società La Mafia Franchises, il Tribunale è chiamato a valutare se il marchio La Mafia SE SIENTA A LA MESA sia contrario all’ordine pubblico.

Il fatto. Nel 2006, la società spagnola *La Honorable Hermandad* (alla quale è succeduta *La Mafia Franchises*) ha chiesto all’Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) di registrare il marchio figurativo, in particolare per i servizi di ristorazione, rappresentato da una rosa rossa in campo nero con la scritta La Mafia SE SIENTA A LA MESA. Nel 2015 l’Italia ha depositato presso l’EUIPO una domanda volta a far dichiarare nullo tale marchio, sostenendo la sua contrarietà all’ordine pubblico e al buon costume. Tale domanda è stata accolta dall’EUIPO, il quale ha considerato, da un lato, che il marchio “La Mafia SE SIENTA A LA MESA” promuoveva palesemente l’organizzazione criminale conosciuta con il nome di mafia e, dall’altro, che l’insieme degli elementi verbali di tale marchio trasmetteva un messaggio di convi-

vialità e banalizzazione dell’elemento verbale “mafia”, deformando così la serietà veicolata dallo stesso. La società La Mafia Franchises ha impugnato la decisione dell’EUIPO davanti al Tribunale chiedendone l’annullamento.

La decisione. Il Tribunale ha rigettato l’impugnazione e quindi confermato la decisione dell’EUIPO di annullare la registrazione del marchio in questione. Innanzitutto, il Tribunale ha sottolineato che l’elemento verbale “la mafia” è dominante ed è globalmente inteso come facente riferimento ad un’organizzazione criminale che, in particolare, ha fatto ricorso all’intimidazione, alla violenza fisica e all’omicidio per svolgere le sue attività, che comprendono il traffico illecito di droghe e di armi, il riciclaggio di denaro e la corruzione. In proposito, il Tribunale ha considerato

che simili attività criminali violano i valori stessi sui quali si fonda l'Unione, in particolare, i valori del rispetto della dignità umana e della libertà, che sono indivisibili e costituiscono il patrimonio spirituale e morale dell'Unione. Peraltro, tenuto conto della loro dimensione transnazionale, le attività criminali della mafia rappresentano una minaccia seria per la sicurezza di tutta l'Unione. Il Tribunale ha poi aggiunto che l'elemento verbale "la mafia" è percepito in modo profondamente negativo in Italia, a causa dei gravi attacchi perpetrati da tale organizzazione criminale nei confronti della sicurezza di tale Stato membro. Il Tribunale ha quindi confermato che l'elemento verbale "la mafia" evoca palesemente presso il pubblico il nome di un'organizzazione criminale responsabile di attacchi particolarmente gravi all'ordine pubblico.

Il Tribunale ha anche rigettato alcuni argomenti sollevati dalla ricorrente, la quale ha fatto valere che, da un lato, il marchio in oggetto doveva essere associato alla saga cinematografica del padrino e, dall'altro, tale marchio avesse raggiunto una certa notorietà nel settore della ristorazione. In proposito, il Tribunale ha osservato che entrambi gli argomenti sono privi di pertinenza al fine di valutare se il marchio sia contrario all'ordine pubblico. Il Tribunale ha quindi concluso che il marchio "La Mafia SE SIENTA A LA MESA" rinvia ad un'organizzazione criminale, trasmette un'immagine complessivamente positiva di tale organizzazione e banalizza i gravi attacchi sferrati da detta organizzazione ai valori fondamentali dell'Unione. Pertanto, il

Tribunale, giudicando tale marchio di natura tale da scioccare o offendere non solo le vittime di detta organizzazione criminale e le loro famiglie, ma anche chiunque, nel territorio dell'Unione, si trovi di fronte il marchio e abbia un normale grado di sensibilità e tolleranza, l'ha dichiarato nullo.

Gli effetti. La presente sentenza va segnalata perché attraverso di essa il Tribunale conferma la decisione dell'EUIPO di dichiarare nulla la registrazione del marchio La Mafia SE SIENTA A LA MESA a seguito della domanda di nullità presentata dall'Italia. Di conseguenza, come previsto dall'art. 62, par. 2 del Reg. n. 2017/1001, tale marchio è considerato fin dall'inizio privo di effetti, su riserva del successivo par. 3, lett. a) e b); il quale dispone che l'effetto retroattivo della nullità del marchio non pregiudica le decisioni in materia di contraffazione passate in giudicato ed eseguite anteriormente alla decisione di nullità e i contratti conclusi anteriormente a tale decisione, nella misura in cui sono stati eseguiti anteriormente a essa; anche se, per ragioni di equità, si può chiedere, nella misura giustificata dalle circostanze, il rimborso di importi versati in esecuzione del contratto. La sentenza presenta un profilo di interesse anche perché nell'esame della nozione di ordine pubblico il Tribunale non si è limitato a circoscriverne la portata al pubblico italiano, ma in ragione del carattere transnazionale del crimine organizzato, l'ha collegato all'intero territorio europeo. [Massimo F. Orzan]

Mancato accesso alla procedura di asilo in Grecia e assenza di un ricorso effettivo

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 15 marzo 2018, ricorso n. 39034/12 – Pres. Kristina Pardalos – A.E.A – Grecia

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – Termine di sei mesi per adire la Corte EDU (art. 35 CEDU) – Diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU) – Proibizione della tortura (art. 3 CEDU) – Principio di *non-refoulement* – Accesso alla procedura d'asilo – Garanzie procedurali

La questione: viola il divieto di non-refoulement lo Stato che non assicura a tutti coloro che richiedono la protezione internazionale l'accesso alla procedura d'asilo?

Il fatto. Il ricorrente A.E.A, originario del Sudan, lasciava il proprio Paese nel 2003 e, in data imprecisata, giungeva in Turchia dove, il 25 settembre 2008, veniva registrato dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR). Il primo aprile 2009, il ricorrente entrava in Grecia nei pressi dell'isola di Patmo, dove veniva fermato dalla polizia greca e identificato con il nome di "U.H.", di nazionalità somala. La polizia greca disponeva il trattenimento del ricorrente in pendenza di un provvedimento di espulsione, poi emanato il 4 aprile 2009 e da attuarsi nei 30 giorni successivi. Il ricorrente non veniva informato adeguatamente del suddetto provvedimento e della possibilità di opporvisi. Il 5 aprile 2009 il ricorrente si recava ad Atene a seguito della decisione della polizia greca di revocare la detenzione. Da questo momento, il ricorrente tentava per più di due anni di formalizzare la propria domanda d'asilo presso la sezione stranieri della polizia dell'Attica senza riuscirci, vivendo in condizioni di irregolarità e indigenza sul territorio greco. Il 7 febbraio del 2011, l'UNHCR riconosceva al ricorrente lo status di rifugiato – riconoscimento di natura declaratoria, privo di valore giuridico dinanzi alle autorità greche. Grazie all'intervento del Consiglio greco

dei rifugiati, la domanda d'asilo di A.E.A, reiterata numerose volte, veniva formalizzata ufficialmente il 25 luglio 2012 e rigettata il 25 luglio 2013. Lo stesso giorno il ricorrente presentava ricorso contro suddetta decisione, anch'esso rigettato il 12 novembre 2015. In data non precisata, il ricorrente lasciava la Grecia e si stabiliva in Francia, dove manifestava nuovamente volontà di chiedere asilo. A causa degli eventi summenzionati, il ricorrente presentava ricorso alla Corte EDU per la violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 della CEDU, nonché per violazione del solo art. 3 della Convenzione.

La decisione. La Corte ha esaminato preliminarmente le tre eccezioni proposte dal governo greco, relative al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, al mancato rispetto del termine di decadenza di sei mesi e all'assenza della qualità di vittima del ricorrente. Con riferimento alla prima eccezione, lo Stato convenuto denunciava il fatto che il ricorrente non si fosse presentato innanzi alla Commissione d'appello nella data d'udienza relativa al ricorso da lui presentato. La Corte, tuttavia, ha evidenziato come il ricorrente non avesse denunciato il mal funzionamento del si-

stema d'asilo greco una volta formalizzata la domanda, quanto piuttosto l'impossibilità di presentare la stessa per due anni, ritenuto dal ricorrente un tempo eccessivamente lungo. La Corte ha quindi rilevato che in relazione a questo punto il Governo non era stato in grado di dimostrare l'esistenza di uno strumento di ricorso effettivo e accessibile al ricorrente all'epoca degli avvenimenti, rigettandone pertanto l'eccezione.

I giudici di Strasburgo hanno poi confermato la ricevibilità del ricorso con particolare riguardo al rispetto del termine di decadenza di sei mesi previsto dall'art. 35 CEDU. Richiamando la propria giurisprudenza in materia, la Corte ha ricordato che nel caso in cui la violazione lamentata costituisca un illecito permanente contro il quale non esiste alcun ricorso nel diritto interno, il termine di sei mesi decorre dal momento in cui tale illecito è cessato. Fintanto che esso perdura, la regola dei sei mesi non trova applicazione (Varnava e altri c. Turchia [GC], sentenza del 10 gennaio 2008, parr. 159 e segg.). Nel caso di specie, il ricorrente non aveva potuto in nessun modo registrare la domanda d'asilo prima del 25 luglio 2012. Questa data, in cui terminava l'illecito permanente censurato dal ricorrente, risultava successiva alla deposizione del ricorso dinanzi alla Corte EDU (25 giugno 2012).

La Corte è dunque passata ad esaminare la presunta violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'articolo 3 della CEDU. Al fine di determinare l'applicabilità dell'art. 13 al caso di specie, i giudici europei hanno valutato se l'allontanamento del ricorrente verso il Sudan potesse configurare un rischio concreto di violazione del principio di non-refoulement, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. Tenuto conto delle dichiarazioni presentate dal ricorrente, confermate dalle osservazioni dell'UNHCR – che riconosceva a quest'ultimo lo status di rifugiato – e di alcune ONG locali, la Corte ha accertato l'esistenza prima facie di rischi seri e fondati di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. Richiamando la propria giurisprudenza in materia di espulsioni di richiedenti asilo, poi, la Corte ha ribadito che la propria competenza è limitata all'accertamento dell'esistenza di garanzie effettive contro un respingimento arbitrario, e non, quindi, a valutare il merito di una domanda d'asilo. Su queste premesse, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che, conformemente al diritto internazionale e interno, l'accesso alla procedura di asilo è da considerarsi conditio sine qua non al fine di assicurare a tutti coloro richiedenti protezione internazionale le garanzie procedurali da essa derivanti, tra cui il diritto di beneficiare di un ricorso effettivo e accessibile contro un eventuale ordine di espulsione. La Corte ha preso atto dell'esistenza di difficoltà oggettive in fase di presentazione della domanda di asilo, difficoltà confermate da numerose organizzazioni nazionali e internazionali e causate da una generalizzata inadeguatezza del sistema nazionale d'asilo e, più specificamente, del regime restrittivo perpetrato dalla Polizia dell'Attica, che rendeva pressoché impossibile l'esercizio di tale diritto. La Corte ha richiamato sul punto la sentenza M.S.S c. Belgio e Grecia (sentenza del 21 gennaio 2011), ritenendo che le carenze strutturali caratterizzanti il sistema greco, in primis quelle legate all'accesso alla proce-

dura, così come rilevate in detta pronuncia, sono equiparabili ai deficit riscontrati nel caso di specie. Giudicata la fondatezza sia delle difficoltà a cui il ricorrente ha dovuto far fronte sia del timore di un possibile rimpatrio verso il Paese di origine, la Corte ha condannato la Grecia per violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 CEDU.

Infine, i giudici hanno esaminato la presunta violazione dell'art. 3 CEDU, censurata dal ricorrente in relazione alla condizione di indigenza in cui si trovava a vivere in Grecia, con riferimento unicamente al periodo successivo alla presentazione della domanda. La Corte, richiamando ancora una volta la sentenza M.S.S c. Belgio e Grecia, ha ritenuto che le considerazioni ivi elaborate non siano applicabili al caso di specie e ciò perché il ricorrente non aveva manifestato alle autorità competenti – anche quando gli si era presentata l'occasione – la volontà di beneficiare delle forme di assistenza materiale ed economica a cui i richiedenti asilo hanno diritto secondo la normativa greca. Tale doglianza, pertanto, è stata dichiarata manifestamente infondata.

Gli effetti. La sentenza A.E.A c. Grecia esamina gli effetti irreversibili che il mancato accesso alla procedura d'asilo, in assenza di uno strumento accessibile di ricorso, genera a danno di un individuo privato di suddetto diritto. La Corte ribadisce che l'efficacia delle garanzie previste ex lege deve essere sempre giudicata in virtù della loro accessibilità. La Corte, a tal proposito, ha rilevato che, nonostante le modifiche apportate dal legislatore nazionale, la situazione della Grecia è rimasta de facto invariata in riferimento agli elementi emersi nella già citata M.S.S c. Belgio e Grecia. Tale argomentazione potrebbe, quindi, influenzare in maniera significativa future pronunce della Corte qualora si trovasse nuovamente ad affrontare presunte violazioni connesse alle carenze strutturali croniche del sistema greco. Inoltre, i criteri di giudizio utilizzati dalla Corte nelle – ormai due – pronunce contro la Grecia potrebbero trovare applicazione anche in relazione a ricorsi presentati contro altri Stati parte della Convenzione, laddove la Corte ritenesse di poter operare una equiparazione dei deficit nella procedura d'asilo. A tal proposito, non è da escludere che le criticità emerse in Italia negli ultimi anni, spesso conseguenza di una eccessiva discrezionalità nell'applicazione dei dettami normativi in materia di asilo, possano spingere i giudici di Strasburgo a rivedere la valutazione operata nella precedente sentenza Tarakhel c. Svizzera (sentenza del 4 novembre 2014).

In ultimo, è interessante segnalare come la Corte abbia tenuto conto, ai fini della decisione, dello status di rifugiato conferito al ricorrente da parte dell'UNHCR. Sebbene esulasse dalla propria competenza giudicare nel merito l'istanza di protezione internazionale, la Corte ha ritenuto questi elementi fondamentali per avvalorare ulteriormente la decisione in relazione alla violazione indiretta dell'art. 3 CEDU, nonostante le autorità greche avessero giudicato la domanda del ricorrente manifestamente infondata. [Luca De Cicco]

Diritto Civile

a cura di Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli

con Raffaele Caterina, Marco Dell'Utri, Enrico Minervini, Stefano Pagliantini, Stefano Petitti e Gianluca Sicchiero

Maternità surrogata

Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 – Pres. Lopez Guerra – Paradiso e Campanelli c. Italia

Adozione – Procreazione assistita – Divieto di maternità surrogata – Allontanamento definitivo dai genitori committenti – Conformità art. 8 CEDU – Superiore interesse del minore – Ordine pubblico

Le misure adottate dalle autorità italiane comportanti la separazione definitiva tra una coppia di aspiranti genitori e un minore nato a seguito di esperimento di maternità surrogata non comportano violazione dell'art. 8 CEDU.

Per il testo della sentenza v. www.echr.coe.int.

Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale

Francesca Romeo*

Nella sentenza Cedu n. 25358/12 del 24 gennaio 2017 la Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'uomo affronta la vicenda della surrogazione di maternità all'estero soffermandosi, in particolare, sul concetto di vita familiare *de facto* e sulla legittima incisione di provvedimenti nazionali sul diritto alla tutela della vita privata.

Il caso

I coniugi Paradiso e Campanelli stipulavano con una clinica russa un contratto di gestazione per altri, concordando l'impianto di liquido seminale dell'aspirante padre nell'utero di una terza donna, madre surrogata.

La procedura si concludeva il 27 febbraio 2011 con la nascita di un bambino che, dopo aver trascorso i primi due mesi di vita in Russia con la sig.ra Paradiso, veniva da lei condotto in Italia a seguito dell'ottenimento del certificato di nascita (nel quale i coniugi venivano indicati quali genitori del minore, senza menzione della nascita tramite maternità surrogata). Il presunto padre biologico successivamente richiedeva la trascrizione in Italia di detto certificato. Al contempo, il Consolato italiano a Mosca segnalava al Tribunale per i minorenni competente, al Ministero degli Affari esteri, alla Prefettura ed al Comune competente per la registrazione, la presenza di dati falsi nel fascicolo relativo alla nascita del bambino. La falsità concerneva, segnatamente, l'indicazione del signor Campanelli come padre biologico del minore posto che,

come veniva anche successivamente accertato, non sussisteva alcun legame genetico tra i due.

Nelle more delle complesse vicende processuali scaturite dai fatti appena accennati¹, centrale importanza assume l'instaurazione del procedimento di adottaibilità del minore, al termine del quale il Tribunale per i minorenni disponeva l'allontanamento del bambino dai coniugi. I giudicanti ne accertavano preliminarmente lo stato di abbandono, in quanto privo di genitori biologici (avendo la madre biologica rinunciato a qualsiasi diritto) o di famiglia. L'allontanamento dai signori Paradiso e Campanelli veniva ulteriormente argomentato sottolineando come la coppia, stipulando un contratto per gestazione d'altri, avesse inteso consapevolmente violare il divieto al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo previsto dall'art. 4 della legge n. 40 del 2004, aggirando, altresì, la disciplina in tema di adozione internazionale prevista dalla legge n. 184 del 1983. Si precisava, poi, come l'allontanamento non avrebbe comportato al minore un trauma irreparabile, stante la tenera età e il poco tempo (8 mesi) trascorso con gli aspiranti genitori.

La decisione veniva, successivamente, confermata

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ I coniugi venivano indagati per i reati di alterazione dello stato civile, ai sensi dell'art. 567 c.p., per falso ai sensi degli artt. 479 e 489 c.p., nonché per violazione dell'art. 72 della L. n. 183/1984, per aver introdotto un minore sul territorio italiano in violazione

della legge sull'adozione. Al contempo, la coppia intentava un autonomo giudizio al fine di contestare il rifiuto opposto alla richiesta di registrazione dell'atto di nascita. Questione che si concludeva con il rigetto della Corte d'Appello, stante la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto falso.

anche dalla Corte d'appello di Campobasso² e, con la ripresa della procedura di adottabilità, il Tribunale dichiarava i coniugi privi di qualità di agire nel procedimento d'adozione.

Alla luce delle richiamate decisioni, la coppia adiva la Corte Europea dei diritti dell'uomo al fine di accertare la violazione da parte delle autorità italiane del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU³.

La seconda sezione della Corte, tenendo conto della circostanza che i ricorrenti avevano trascorso con il minore le prime importanti tappe della sua vita e che, nonostante il breve arco temporale, si erano comportati nei confronti di quest'ultimo come genitori, riconosceva l'esistenza di una vita familiare *de facto*. Ciò posto, i giudicanti accertavano una violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo come i provvedimenti adottati dalle autorità italiane non fossero stato frutto di un giusto equilibrio degli interessi in gioco⁴.

Avverso detta pronuncia⁵ il Governo italiano presentava richiesta di rinvio della causa alla Grande Camera ai sensi dell'art. 43 CEDU, sostenendo che la sentenza sollevasse gravi problemi di interpretazione e di applicazione della Convenzione⁶.

La decisione

La Grande Camera affronta, preliminarmente, la questione in ordine alla sussistenza di una vita familiare *de facto* tra i coniugi e il minore, presupposto necessario per l'eventuale applicazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto al rispetto della vita familiare, posto che tale disposizione non garantisce il diritto a costituire una famiglia bensì ne presuppone l'esistenza⁷.

La Corte ribadisce il proprio consolidato orientamento secondo cui può aversi una formazione familiare pur in assenza di legami biologici o di un legame riconosciuto giuridicamente, a condizione che vi siano legami personali effettivi. Al fine di applicare detto

principio al caso di specie, i giudicanti effettuano un esame della qualità dei legami, del ruolo rivestito dai coniugi nei confronti del minore nonché della durata della convivenza. Rilievo pregnante viene attribuito proprio a quest'ultimo elemento: l'arco temporale di 8 mesi viene ritenuto troppo breve ai fini della configurabilità di una famiglia *de facto*.

Escluso, dunque, il rilievo del diritto al rispetto della vita familiare, la Grande Camera prosegue valutando l'incidenza dei provvedimenti delle autorità sul diritto al rispetto della vita privata, parimenti tutelato dall'art. 8 CEDU, posto che la realizzazione personale degli interessati, attraverso il ruolo di genitori, rientra nella più ampia sfera di realizzazione della vita privata tutelata dalla convenzione.

Punto nodale della decisione è, dunque, comprendere se l'autorità italiana abbia rispettato il disposto di cui all'art. 8 comma 2 CEDU, esercitando nei confronti di detto diritto un'ingerenza prevista dalla legge, necessaria e proporzionata al perseguimento di uno scopo legittimo.

La Grande Camera dà risposta affermativa, partendo dalla verifica della sussistenza di una base normativa giustificativa delle misure adottate. La fonte legislativa viene individuata nella legge n. 184 del 1983, la legge sulle adozioni, applicabile al caso di specie ai sensi dell'art. 37 bis⁸. Viene, poi, affermata la legittimità dello scopo perseguito dalle autorità italiane, individuato nella difesa dell'ordine e nella protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Infine, la Grande Camera si sofferma sulla valutazione in ordine alla necessità, in una società democratica, dei provvedimenti adottati. Dopo aver riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento in presenza di argomenti eticamente sensibili, la questione viene esaminata non soltanto alla luce del diritto dei coniugi allo sviluppo personale attraverso la relazione con il minore, ma altresì, avuto riguardo all'interesse del minore stesso.

Ed è proprio in ragione dell'esigenza di proteggere i

² Pronuncia non ricorribile in Cassazione, trattandosi di provvedimento modificabile e revocabile in qualsiasi momento.

³ Ricorso n. 25358/12.

⁴ Corte eur. dir. uomo, sent. 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia.

⁵ La Corte condanna l'Italia al risarcimento dei danni patiti dai coniugi ma non impone il ricongiungimento del minore alla coppia, stante il forte legame sorto nel frattempo tra il bambino e la famiglia cui era stato affidato nel 2013.

⁶ Come è possibile evincere dalla relazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri al Parlamento in ordine all'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano, in www.federalismi.it, il Governo ha ritenuto opportuno proporre il riesame del caso dinanzi alla Grande Camera stante il rischio dell'introduzione nell'ordinamento di un terzo criterio di filiazione, diverso da quello basato sul legame genetico con almeno uno dei due genitori, nonché in ragione della forte compressione, in un settore sensibile e che tocca argomenti di diritto costituzionale europeo, del principio del margine di apprezzamento in combinato con il principio di sussidiarietà, entrambi a presidio delle prerogative sovrane degli Stati.

⁷ In questo senso già Corte eur. dir. uomo, sent. 13 giugno 1979, Marckx c. Belgio.

⁸ La situazione del minore, nato all'estero da genitori biologici sconosciuti, è stata, dunque, assimilata a quella di un minore straniero al quale, a mente della su indicata disposizione, si applica la legge italiana in materia di adozione, affidamento e di provvedimenti necessari in caso d'urgenza. L'applicazione dell'art. 37 bis è stata, altresì, ritenuta compatibile con la Convenzione dell'Aja del 1961, sebbene il certificato di nascita russo fosse apostillato: l'art. 2 della convenzione prevede, invero, l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, e il successivo articolo 3 precisa come, a tal fine, l'unica formalità richiesta sia l'apposizione di un'apostille rilasciata dall'autorità competente dello stato dal quale emana il documento. Come evidenziato dalla Corte, l'apostille non attesta la veridicità del contenuto dell'atto sottostante, ma soltanto l'autenticità della firma, della qualifica della persona che ha sottoscritto l'atto e, ove occorra l'autenticità del sigillo o bollo apposto all'atto, così consentendosi agli Stati firmatari di applicare le proprie norme nel determinare la rilevanza da attribuire al documento apostillato.

minori da pratiche illecite che la Corte valuta positivamente il bilanciamento degli interessi operato dalle autorità italiane, concludendo come le misure adottate non si pongano in contrasto con l'art. 8 CEDU.

Il concetto di vita familiare *de facto*

A fronte di un consolidato orientamento giurisprudenziale a mente del quale l'elemento fondante la famiglia di fatto è da rinvenirsi nella presenza di uno stretto legame affettivo tra le parti⁹, la Corte di Strasburgo sembra qui fare un passo indietro, incentrando la propria valutazione su un elemento meramente quantitativo più che qualitativo, la durata della convivenza.

Pur affermandosi in via di principio come non sia opportuno definire una durata minima di convivenza necessaria per costituire una vita familiare, la pronuncia in commento attribuisce a tale elemento rilevanza di fattore chiave nel giudizio: 8 mesi non sono a tal fine sufficienti, tenuto conto anche delle ulteriori circostanze del fatto.

Ebbene, pur ritenendo fondate le conclusioni cui la pronuncia è pervenuta in ordine alla compatibilità delle misure adottate dai giudici nazionali con l'art. 8 CEDU, tale giudizio di insussistenza di una vita familiare *de facto* si presta ad alcune osservazioni critiche, proprio in relazione al rilievo pregnante attribuito alla durata della convivenza.

Si può notare, in primo luogo, come recentemente la Corte abbia attribuito al dato temporale una diversa rilevanza: il riferimento è al caso D. e altri c. Belgio, nel quale si ritenne sussistente una vita familiare di fatto pur a seguito di una coabitazione di appena due mesi con il nato da maternità surrogata¹⁰. È pur vero

che nel caso in questione esisteva un legame biologico con uno dei genitori ma è parimenti vero, come accennato, che il dato genetico per la Corte non assurge a fattore essenziale per l'esistenza di una vita familiare.

Perplessità suscita, peraltro, la mancata considerazione del fatto che l'arco temporale in cui la convivenza si è sviluppata abbia riguardato i primi mesi di vita del minore, periodo in cui il neonato sviluppa un naturale attaccamento verso i genitori. Circostanza, questa, per converso ritenuta preminente dalla sentenza della seconda sezione, in cui si è affermata l'irilevanza della brevità della coabitazione, essendosi essa protratta in un momento fondamentale per lo sviluppo del bambino e per l'identificazione, da parte di questi, delle figure genitoriali¹¹.

Nessun rilievo è stato, inoltre, attribuito alla circostanza che il signor Campanelli fosse inizialmente convinto di essere padre biologico del minore¹². Si noti come anche tale elemento sembra essere stato valutato alla luce della "breve" durata della coabitazione: in un recente precedente la Corte è, invero, addivenuta a conclusioni opposte, riconoscendo la sussistenza di una vita familiare di fatto nella relazione tra padre e figlia instauratasi per un arco temporale più ampio ma pur sempre sulla base dell'erronea convinzione della sussistenza di un legame biologico¹³.

Nondimeno, il giudizio della Corte suscita perplessità soprattutto alla luce del principio del *best interest* del minore. Posto che, come sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo adottata dalle Nazioni Unite¹⁴, in tutte le decisioni relative ai minori deve porsi in essere una valutazione preminente dell'interesse superiore degli stessi, mal si comprende la scelta di ritenere secondari, nel giudizio di bilanciamento, gli elementi attinenti la qualità dei legami affettivi instau-

⁹ C. Campiglio, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, 89 e segg. Corte eur. dir. uomo, sent. 27 aprile 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, in cui la Corte ha ritenuto la sussistenza di una vita familiare tra genitori affidatari e minore temporaneamente affidatogli, in virtù degli stretti legami personali esistenti tra loro, del ruolo rivestito dagli adulti nei confronti del minore e del tempo trascorso insieme. Nello stesso senso anche Corte EDU, sentenza 12 luglio 2001, K. e T. c. Finlandia; Corte eur. dir. uomo, sent. 17 gennaio 2012, Kopf e Liberda c. Austria. Secondo F. D. Busnelli-M. C. Vitucci, *Frattumi europei di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 4, 769, la giurisprudenza della Corte europea è venuta contrapponendo al modello tradizionale di famiglia un modello liberale ed in conseguenza di ciò la famiglia "assume la dimensione baumanianamente 'liquida' di 'vita familiare', sino ad assumere le sembianze di una cangiante modalità di 'vita privata'".

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, sent. 8 luglio 2014, D. e altri c. Belgio. La valutazione della durata della coabitazione è peculiare anche in un risalente precedente dell'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo, il caso Giubergia c. Italia, sentenza 5 marzo 1990. La questione, nota ai più come c.d. caso Serena, riguardava l'illecita introduzione di una minore in Italia ad opera del presunto padre, seguita da una convivenza protrattasi per circa 14 mesi con quest'ultimo e la moglie. In maniera singolare, la Commissione ha valutato ai fini della sussistenza della vita familiare solo il primo mese di coabitazione (durata ritenuta troppo breve), non computando dunque i mesi successivi al momento di emersione dell'il-

legittimità della condotta dei coniugi.

¹¹ L. Vizzoni, *Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *juscivile.it*, 2015, 11, 656. Valutazione, inoltre, ribadita nella comune opinione dissenziente dei giudici Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev allegata alla sentenza in commento, secondo cui avrebbe dovuto attribuirsi importanza al fatto che la convivenza fosse iniziata il giorno stesso della nascita e sarebbe proseguita a tempo indeterminato se le autorità non fossero intervenute per porvi fine.

¹² Invero, i coniugi venivano a conoscenza di un errore della clinica russa nelle operazioni di impianto di liquido seminale solo a seguito dell'esame del DNA effettuata nel corso del procedimento di adottabilità.

¹³ Corte eur. dir. uomo, sent. 16 luglio 2015, Nazarenko c. Russia: la Corte Europea condanna la Russia per aver imposto l'interruzione della relazione tra padre e figlia, durata sino al quinto anno di vita della minore, una volta accertato, attraverso un'azione di disconoscimento della paternità esercitata dalla madre, che la bambina non era in realtà figlia dell'uomo.

¹⁴ Convenzione adottata il 20 novembre 1989 a New York e resa esecutiva in Italia con la L. n. 176 del 1991. L'art. 3 della Convenzione recita: "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

rati tra i coniugi ed il minore e l'esistenza di un progetto genitoriale¹⁵. In particolare, dalle perizie redatte dall'*equipe* di assistenti sociali nominati dal Tribunale per i minorenni nel corso del procedimento di adottabilità emergeva come il bambino fosse in perfetta salute al tempo della convivenza, essendosi ravvisato un evidente benessere determinato dalla cura ottimale fornita dai coniugi. La Gran Camera, pur sostenendo come da tali esiti peritali potesse desumersi la sussistenza di stretti legami affettivi, conclude tuttavia ritenendo come malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi, gli ulteriori fattori del caso concreto non permettano di addivenire ad una valutazione di sussistenza di vita familiare.

Sembra, dunque, che la Corte, piuttosto che incentrare il proprio giudizio sulla base di un dato quantitativo dai contorni dubbi, avrebbe dovuto dare maggior risalto agli elementi qualitativi della convivenza, in modo da addivenire a conclusioni più aderenti alla realtà dei fatti. Ciò avuto anche riguardo alla circostanza che riconoscere l'esistenza di una vita familiare *de facto* non avrebbe impedito alla Gran Camera di giudicare legittima, nel prosieguo, l'ingerenza operata dalle autorità italiane con le misure adottate¹⁶.

La legittima compressione del diritto al rispetto della vita privata

Pur in presenza dei suddetti rilievi, le conclusioni della Corte in ordine alla compatibilità delle misure adottate dalle autorità italiane con la clausola di interferenza prevista dall'art. 8 comma 2 CEDU devono ritenersi condivisibili.

Occorre al riguardo evidenziare come il comma in

questione sia volto a realizzare un equo contemperamento tra la garanzia del diritto individuale e l'interesse generale, ossia le esigenze complessive della società o di altri individui, autorizzando, entro i limiti ivi previsti, la compressione sostanziale del diritto tutelato¹⁷.

Pertanto, se per un verso l'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo permette di affermare l'esistenza di un diritto umano alla riproduzione assistita, inteso come diritto della personalità tutelato dall'art. 8 CEDU¹⁸, per altro verso, di fronte ad aspetti della vita privata particolarmente sensibili, all'argomento evolutivo può efficacemente opporsi il margine d'apprezzamento di cui i singoli Stati membri sono titolari¹⁹. Stante il profilo etico della questione, è la stessa Corte a riconoscere agli Stati ampia discrezionalità nel disciplinare la materia, sulla base di principi e valori propri della singola nazione²⁰.

Come già accennato, la disciplina statale che il Tribunale per i minorenni ha posto alla base delle proprie decisioni è da individuare nell'art. 4 della legge n. 40 del 2004, recante il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e negli artt. 31, 32 e 38 della legge n. 183 del 1984, in materia di adozione internazionale²¹.

Quanto al primo riferimento normativo deve, invero, precisarsi come la Corte Costituzionale abbia successivamente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 comma 3 nella parte in cui stabiliva il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo qualora fosse stata diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili²². La condizione dei coniugi Paradiso e Campanelli sembra proprio rientrare nella fattispecie

¹⁵ Va precisato che la valutazione dell'elemento del progetto genitoriale, emergente dalla disamina della sentenza in commento, non è stata condivisa da tutti i membri della Grande Camera. Nell'opinione concordante comune ai giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov allegata alla pronuncia, si evidenzia come "L'approccio adottato dalla maggioranza non è convincente poiché essa considera l'esistenza di un progetto genitoriale come un argomento a favore della protezione, indipendentemente dalla natura illegale, riconosciuta nel ragionamento, del progetto concreto. Il fatto che i ricorrenti abbiano agito con premeditazione al fine di aggirare la legislazione nazionale può solo volgere a loro sfavore. Nelle circostanze del caso di specie, l'esistenza di un 'progetto genitoriale' è in realtà una circostanza aggravante."

¹⁶ L'esigenza di una diversa valutazione in ordine alla sussistenza di una vita familiare *de facto* emerge anche nel pensiero di L. Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, 4, 501.

¹⁷ E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, 54.

¹⁸ G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 282. In giurisprudenza: Corte eur. dir. uomo, *Gran Chambre*, sentenza 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito; Corte eur. dir. uomo, sent. 4 dicembre 2007, Dickson c. UK; Corte eur. dir. uomo, *Gran Chambre*, sentenza 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia.

¹⁹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, sent. 1° aprile 2010, S. H. e altri c. Austria, in cui si chiarisce come l'accedere a pratiche di procreazione assistita rientri nell'ambito della tutela della vita privata e

familiare solo ove la legislazione nazionale ammetta il ricorso a tale forma di concepimento.

Si noti come il margine d'apprezzamento debba essere valutato non soltanto avuto riguardo alla natura del diritto in causa, bensì anche con riferimento all'esistenza o meno di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli Stati membri. Concetto evidenziato da C. Campiglio, *op. cit.*, 97; S. Tonolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2014, 1, 99; P. Venturi, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu*, in *Giur. It.*, 2012, 10, 1995 e segg.

²⁰ Come sottolineato da L. Lenti, *op. cit.*, 498 "L'atteggiamento di fondo della Corte è molto fortemente improntato ai principi del liberalismo individualistico di matrice anglosassone, sicché in linea di principio giudica sempre prevalente la libertà di autodeterminazione dei singoli e delle coppie, salvo vi siano solide ragioni per porle dei limiti".

²¹ Il Tribunale per i minorenni rilevava, invero, come i coniugi, pur in possesso dell'autorizzazione all'adozione internazionale, avevano intenzionalmente aggirato le disposizioni della legge in questione, disponendo l'obbligo per gli aspiranti genitori di rivolgersi ad un ente riconosciuto (art. 31), nonché il necessario intervento della commissione per le adozioni internazionali (art. 38), unico ente competente per autorizzare l'ingresso e la residenza permanente del minore straniero in Italia (art. 32).

²² Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *www.cortecostituzionale.it*.

presa in considerazione dalla Consulta: la sussistenza delle condizioni di sterilità ed infertilità può infatti desumersi dalla circostanza che i coniugi avevano già fatto ricorso in Italia alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, esperibile, all'epoca dei fatti²³, solo in presenza delle suddette condizioni.

Nondimeno, l'illegalità della condotta tenuta emerge dalla violazione del divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004. Detta norma, seppur non espressamente richiamata nel ragionamento logico argomentativo condotto dalla Grande Camera, deve ritenersi rilevante nel caso di specie: ben può infatti parlarsi di maternità surrogata anche nel caso in cui la madre biologica abbia avuto in gestazione un embrione frutto di gameti di terzi donatori²⁴.

La Corte, nel verificare la compatibilità delle misure statali adottate con l'art. 8 comma 2 CEDU, non dubita della pertinenza dei motivi invocati dai giudici interni, evidenziando la legittimità di uno scopo volto alla difesa dell'ordine²⁵ e alla protezione dei diritti e delle libertà del minore.

La *ratio legis* sottesa alle disposizioni di diritto interno attiene, invero, all'esigenza di tutela del minore. In particolare, con riferimento al divieto di fecondazione eterologa, la protezione del nato deve intendersi nel senso di tutelarne, prevalentemente, l'identità biologica e lo sviluppo psico-sociale. Con riguardo alla

legislazione in tema di adozione internazionale, ad essere tutelato è, segnatamente, l'interesse del minore ad un'adeguata cura morale e materiale, garantito dalle procedure ivi previste, volte a valutare l'idoneità degli aspiranti genitori.

Peraltro, dalle delineate disposizioni è ben possibile desumere un principio di ordine pubblico²⁶ posto a tutela di interessi dell'ordinamento ritenuti essenziali ed irrinunciabili²⁷. Nel caso di specie, il bene giuridico fondamentale presidiato dalla norma si sostanzia nel diritto del minore a non essere pregiudicato dalla commissione di pratiche illecite²⁸, cui non può non attribuirsi un rilievo fondamentale²⁹.

Con la conclusione adottata i giudici di Strasburgo mostrano dunque di comprendere l'importanza per l'ordinamento italiano della disciplina di cui trattasi: viene preso in seria considerazione il rischio che sarebbe derivato dalla mancata adozione del provvedimento di allontanamento del minore dai coniugi, nonché dall'ammissione degli stessi alla procedura di adottabilità. Ne sarebbe scaturita una sistematica violazione delle garanzie sostanziali e processuali stabilite dal diritto nazionale a tutela dei minori: le coppie italiane avrebbero potuto aggirare le discipline richiamate ricorrendo alla gestazione per altri in paesi ove la stessa è consentita, successivamente invocando il diritto al rispetto della vita privata fornito dall'art. 8 CEDU³⁰.

Quanto, infine, al profilo della protezione del mino-

²³ La Corte Costituzionale ha successivamente esteso l'ambito applicativo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 4 comma 1 nella parte in cui stabiliva il divieto anche nei confronti di coppie fertili portatrici di gravi malattie generiche trasmissibili (Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *www.cortecostituzionale.it*).

²⁴ C. M. Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 355.

²⁵ Si noti come la seconda sezione della Corte, sempre in relazione al caso di cui trattasi, aveva specificato come il riferimento all'ordine pubblico "non possa essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe sullo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo".

²⁶ È noto che la nozione di ordine pubblico assume, nel diritto positivo, una varietà di contenuti irriducibili e muta, a seconda dell'ambito di applicazione, del fondamento politico e giuridico, della combinazione di fattori sociali e di specifiche condizioni storiche vigenti un certo sistema giuridico. *Ex multis*, L. Paladin, "Ordine Pubblico", in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 130 e segg.

²⁷ La tutela dell'ordine pubblico è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione. *Ex multis*, Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in *www.cortecostituzionale.it*. Concetti da ultimo richiamati in Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. Giur.*, 2015, 4, 471 e segg., con nota di A. Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*.

²⁸ Va precisato come il riferimento all'ordine pubblico deve intendersi non più limitatamente all'ordinamento nazionale, bensì avuto riguardo all'ordinamento internazionale. Una definizione di ordine pubblico internazionale è stata recentemente fornita da

Cass., 11 novembre 2014, cit. secondo cui trattasi di "limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale". La distinzione è richiamata anche in L. Paladin, *op. cit.*, 130 e segg.; G. Barile, "Ordine pubblico (*dir. intern. priv.*)", in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 1106 e segg. In senso contrario, G. Lagomarsino, *L'ordine pubblico e il matrimonio rapporto nella trascrizione in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2012, 3, 1307, secondo cui "lo specificativo "interno" presuppone l'esistenza di un "ordine pubblico internazionale", bipartizione sulla quale non riusciamo a concordare. Infatti, se essa può giustificarsi nel diritto internazionale pubblico, ove si confrontano una pluralità di Stati, ciascuno titolare di una sovranità autonoma, diversamente deve ritenere nel diritto internazionale privato, che in quanto generato e governato dalla sovranità di un solo Stato – nella specie quello italiano – circoscrive la propria operatività al territorio dello stesso".

²⁹ *Ad abundantiam* va anche sottolineata la copertura costituzionale riconosciuta alla tutela del minore dagli artt. 30 e 31 Cost.

³⁰ Molto incisivo sul punto L. Lenti, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quad. Cost.*, 2015, 2, 475, che, avuto riguardo alla pronuncia della seconda sezione in cui si rilevava una violazione dell'art. 8, 2° comma, Corte eur. dir. uomo, ha ritenuto come una tale conclusione avrebbe legittimato "una sorta di usucapione dei bambini, con la conseguenza, inaccettabile, di conferire, benché in modo indiretto, un'aura di legittimazione a condotte di impossessamento di bambini da parte di adulti".

re, deve porsi l'accento sull'interpretazione di *best interest of the child* adottata nella pronuncia in commento, la quale sembrerebbe, *prima facie*, aver valutato i fatti di causa alla luce della generale categoria dei minori, piuttosto che del minore del caso concreto³¹.

La Convenzione delle Nazioni Unite su richiamata non precisa cosa debba intendersi per interesse superiore del minore, pertanto deve chiedersi se tale concetto possa essere inteso con riferimento al minore come categoria, anche se la soluzione adottata in giudizio dovesse porsi in contrasto con l'interesse del minore del caso concreto³².

Sebbene la dottrina sembri orientarsi verso un'interpretazione volta esclusivamente alla tutela del singolo minore³³, la soluzione esegetica adottata dalla sentenza in commento va accolta con favore.

Posto che, come già evidenziato, una diversa conclusione avrebbe aperto la strada al c.d. turismo procreativo, la Gran Camera ha correttamente valutato preminente l'esigenza di tutelare la generale categoria dei minori da pratiche illecite, alcune delle quali perfino definite come traffico di esseri umani³⁴, soprattutto nei casi, come quello in esame, in cui non vi sia alcun legame tra il minore e almeno un aspirante genitore. Una pronuncia in favore della permanenza del nato con i presunti genitori avrebbe, invero, frustrato la funzione sanzionatorio-deterrente insita nelle dispo-

sizioni violate, così realizzando un *vulnus* nella tutela dei minori, non giustificabile alla luce dell'esigenza di protezione del singolo.

La circostanza che la Corte abbia valutato il *best interest* con riferimento alla categoria in astratto, non esclude la contestuale valutazione dell'interesse del minore del caso concreto. Potrebbe, invero, sostenersi che, ove la decisione fosse stata presa esclusivamente alla luce dell'interesse del minore coinvolto, le cui condizioni nel periodo di coabitazione con i presunti genitori risultavano ottimali, la Corte si sarebbe orientata nel senso di rispettare le sue consuetudini di vita e di affetti³⁵, condannando lo Stato italiano per non aver dato priorità al mantenimento della relazione familiare. Tuttavia, la Gran Camera mostra di aver ugualmente valutato la posizione del minore, sposando l'orientamento del Tribunale per i minorenni secondo cui detto interesse sarebbe stato validamente perseguito tramite l'affidamento ad una coppia idonea ai fini dell'adozione, piuttosto che permettendo il mantenimento del legame con i signori Paradiso e Campanelli. Sul punto la Corte ha fatto propria la valutazione dei giudici nazionali in ordine all'inidoneità dei coniugi ad assumere il ruolo di genitori, avendo essi privilegiato il perseguimento del proprio intento egoistico a scapito del concepito, divenuto mero strumento realizzativo del loro interesse³⁶.

In senso contrario sembra porsi la recente Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. Giur.*, 2017, 2, 181, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, secondo cui la nozione di ordine pubblico non può essere utilizzata per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori, né per "stigmatizzare la scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia". In questo senso anche C. Ciraiolo, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *juscivile.it*, 2014, 12, 492, secondo cui anche "qualora l'embrione sia formato con materiale genetico che non appartiene ai genitori d'intenzione, l'ordine pubblico non rappresenta un valido motivo per rifiutare al nato da madre surrogata lo status di figlio delle persone che hanno fatto ricorso a tale tecnica. Le ragioni di ordine pubblico e, perfino, l'interesse punitivo dello Stato, non possono, infatti, pregiudicare l'esigenza di 'vita familiare' del minore."

³¹ Rilievo effettuato anche da G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, 3, 396, secondo cui la posizione del minore è stata di fatto relegata sullo sfondo della pronuncia.

³² L. Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia*, cit., 497, il quale rileva come l'ambiguità tra l'interesse del singolo minore, nelle concrete circostanze in cui si trova, e l'interesse della categoria generale dei minori sia in realtà un'ambiguità irrisolta non solo nel diritto italiano ma anche nella Convenzione ONU sui diritti dei minori.

³³ In questo senso G. Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. Dir.*, 1998, 1, 169-170 secondo cui la clausola generale di interesse del fanciullo "richiede che il giudice tenga conto non di un concetto astratto, riferito ai minori come categoria, ma del concreto interesse di quel bambino, inteso come persona, della unicità ed irripetibilità della sua vicenda esistenziale, del contesto personale, familiare, sociale ed economico

in cui egli vive, ed in considerazione di ciò prenda la decisione che per lui, in quel momento ed in quell'ambiente, meglio promuova i suoi diritti"; C. M. Bianca, op. cit., 296; C. Ciraiolo, op. cit., 506; C. Focarelli, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Riv. Dir. Int.*, 2010, 4, 981 e segg.; C. Irti, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, 3, 482; A. Querci, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. Dir.*, 2015, 12, 1145; F. Tommaso, *La tutela dei minori nel quadro di un diritto di famiglia in bilico tra riforme recenti e annunciate*, in *Fam. Dir.*, 2016, 7, 714 e segg.; P. Zatti, *Interesse del minore e "doppia figura genitoriale"*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1997, 1, 84 e segg.

³⁴ Conclusione che, peraltro, si allinea al disposto dell'art. 35 della Convenzione sui diritti del fanciullo, che impone agli Stati contraenti di adottare provvedimenti adeguati al fine di impedire rapimento, vendita e tratta di fanciulli per qualunque fine e sotto qualsiasi forma. Come evidenziato nell'opinione concordante comune ai giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov sussiste a livello internazionale una dichiarata tendenza a imitare la libertà contrattuale, vietando qualsiasi tipo di contratto avente ad oggetto il trasferimento di minori o il trasferimento di diritti genitoriali su minori.

³⁵ Il diritto alla continuità dei rapporti con i propri familiari è stato riconosciuto in *Marckx c. Belgio* cit.; Corte eur. dir. uomo, sent. 11 ottobre 2011, *Genovese c. Malta*; Corte eur. dir. uomo, *Gran Chambre*, sent. 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*.

³⁶ Conclusione in contrasto con il pensiero dei giudici Lazaro-va, Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev: nella comune opinione dissenziente allegata alla sentenza in commento i dubbi sollevati dalla maggioranza in merito alle reali capacità affettive ed educative dei coniugi vengono, invero, catalogati come mere speculazioni, inidonee a guidare il Tribunale per i minorenni nei provvedimenti emessi.

Responsabilità civile del medico

Cassazione penale, Sez. un., 22 febbraio 2018 (21 dicembre 2017), n. 8770 – Pres. Canzio – Est. Vessichelli – P.G. Baldi (diff.) – Ric. M.F. (avv. Lucibello). *Inammissibilità del ricorso.*

Responsabilità civile – Cause di una punibilità per imperizia – Estensione – Obbligazione di mezzi e di risultato

L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche

"lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

Per il testo della sentenza v. in questa *Rivista* pag. 944.

Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"

Adolfo di Majo

L'A. esamina l'incidenza della Legge Gelli anche sul terreno della responsabilità civile del medico e cioè per la sua colpa extracontrattuale. Ribadisce la validità, anche in sede civile, della distinzione tra negligenza e imperizia nonché il limite della colpa lieve da imperizia.

Traducibilità della legge Gelli in sede civile

Sulla responsabilità in base alla recente legge Gelli interviene ora la Cassazione in sede penale con una dotta sentenza, di non sempre agevole lettura ma, in ogni caso, significativa, specie in sede sistematica e di raccordo tra le due aree di responsabilità.

Per il civilista si pone però, a tal punto, in primo luogo, il problema di stabilire se, e fino a qual punto, l'art. 5 della Legge Gelli, recante la previsione "delle linee guida", e che vengono espressamente di seguito richiamate all'art. 6 per la responsabilità *penale* dell'esercente la professione sanitaria, abbia rilevanza anche in sede civile, per la responsabilità extracontrattuale del medico ex art. 2043 c.c..

E la risposta è da ritenere positiva.

Nonostante che non vi sia alcun espresso richiamo, in occasione delle linee – guida della legge Gelli alla responsabilità civile, se non in relazione "alla determinazione del danno" (art. 7, 3° comma), resta indubbio che, nell'interpretazione (del requisito) della colpa extracontrattuale ex art. 2043, non possa non tenersi conto di quanto da essa enunciato, con obbligo del medico "di attenersi a quanto stabilito dalla linee guida o dalle pratiche assistenziali" (art. 5). Del resto, il coordinamento con l'art. 1176 del cod. civ. era espressamente predicato nel decreto Balduzzi e ribadito nella legge n. 189/2012 di conversione.

Ciò che infatti appare improbabile, anche sul piano sistematico, è che una legge la quale, in linea generale, abbia stabilito l'obbligo del medico di attenersi al rispetto "di linee guida" (art. 5), non abbia poi rilevanza per valutare la colpa (professionale) del medico, se non alla stregua della regola tradizionale sul dovere di diligenza (art. 1176 c.c.).

E, del resto, va osservato come la formulazione dell'art. 5 è dettata in via generale laddove solo all'art. 6 è parola della responsabilità penale, con riguardo alla previsione della causa di non punibilità ove risultino rispettate le linee – guida.

Né appare d'ostacolo il fatto che solo all'art. successiva e cioè all'art. 7, in sede di responsabilità civile, figurino il rispetto delle linee – guida ma solo con riferimento alla determinazione del risarcimento del danno. Occorre infatti osservare che anche l'effetto risarcitorio non potrà che far seguito di necessità a quanto accertato a fronte della responsabilità, e cioè in base agli artt. 5 e 6 della Legge.

Imperizia e negligenza nelle linee – guida

Quel che piuttosto va premesso è che "le linee guida", come testimoniato dal loro contenuto, hanno riguardo prevalentemente all'aspetto della "perizia" del medico ossia alla sua capacità professionale e quindi al rispetto della c.d. *lex artis* della professione medica e non già alla più generale diligenza da osservare nell'adempimento della obbligazione (art. 1176 c.c.). Ma ciò non toglie, come del resto ribadito dalla sentenza qui commentata, che tra le linee – guida e il più generale dovere di diligenza e prudenza v'è un *continuum* valoriale, nella misura in cui le raccomandazioni, recate dalle linee guida, "hanno parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia".

Onde, ove sostenuta la loro applicabilità anche in sede di responsabilità civile, occorrerà prendere atto che esse hanno l'effetto, in primo luogo, di introdurre una chiara distinzione tra responsabilità "per imperi-

zia” e responsabilità “per (più semplice) imprudenza o negligenza” *ex art.* 1176 c.c.

Siffatta distinzione è ignorata, in linea generale, in sede di responsabilità civile, se non in occasione del particolare privilegio riservato al professionista dall’art. 2236, ove si stabilisce che, solo in caso di colpa grave, trattandosi “della soluzione di problemi di particolare difficoltà”, esso è tenuto a rispondere. E va osservato che detta responsabilità (per colpa grave) è stata comunemente interpretata non già con riguardo alla comune diligenza *ex art.* 1176, la cui osservanza sarebbe resa invece ancor più necessaria, ove si tratti “di problemi tecnici di particolare difficoltà” (art. 2236 c.c.) bensì con riguardo al requisito “della perizia” ossia della capacità professionale del medico. È della mancata perizia dunque che il medico risponde quando deve affrontare “problemi tecnici di particolare difficoltà”.

Ciò premesso, occorre allora stabilire se, a seguito della Legge Gelli, e della previsione di “linee – guida” quanto al comportamento del medico, viene, per così dire, ad essere “valorizzata”, per la responsabilità medica in sede civile, la distinzione tra responsabilità “per imperizia” e quella, più in generale, “per imprudenza o negligenza” *ex art.* 1176 c.c.

Ebbene, va osservato che tale “valorizzazione” è l’effetto innovativo più visibile della Legge Gelli. Né ad essa è d’ostacolo la contemporanea applicazione dell’art. 1176 c.c., perché la Legge Gelli lascia, si è detto, pieno spazio anche per quest’ultima, e cioè per forma di responsabilità “per imprudenza o negligenza”, nell’ambito della quale non è destinata ad incidere l’osservanza “della perizia” da parte del medico¹.

In definitiva, imperizia e negligenza sono le principali fonti sul fronte della responsabilità del medico, con esiti diversi nell’un caso e nell’altro.

L’onere probatorio

Resta allora a stabilire gli effetti concreti che l’introduzione delle Linee – guida hanno sul terreno probatorio della responsabilità del medico. E sembra di poter segnare il seguente percorso.

Dunque, a fronte dell’azione del paziente, ove esso abbia a lamentare la scarsa professionalità del medico quale causa del danno da esso subito, potrà il medico rispondere che esso ha rispettato, nel caso di specie, quanto raccomandato “dalle linee-guida”. E, mentre il paziente – attore non può non incontrare tutte le difficoltà insite nella dimostrazione dell’imputabilità al medico del mancato o scarso esito del suo intervento, dovuto ad imperizia, il medico, dal canto suo, non

avendo neanche l’onere di rispondere a quanto sostenuto dal paziente, avrà la facoltà di dimostrare, da parte sua, l’osservanza, nel caso di specie, delle “linee guida” per esso previste. A fronte invece dell’accusa di scarsa diligenza o imprudenza, lamentata dal paziente, il medico dovrà dimostrare, al di là del rispetto delle “linee-guida”, che tale accusa non ha fondamento nel caso concreto.

La maggiore agevolazione sul piano probatorio offerta dalle “linee-guida” è insita nel fatto che “la linea-guida” di per se stessa non può non avere una valenza abbastanza astratta, perché costruita per tipologie di comportamento e di eventi, attestati dal sapere scientifico. E ciò esime il medico dal dover dimostrare che, egli, nel caso specifico, ha posto in opera tutti “i mezzi” necessari per portare ad effetto e risultato il suo intervento. In buona sostanza, il dialogo tra medico e paziente si concentrerà dunque “sulla osservanza o meno delle linee-guida” e sull’onere del paziente di riuscire a dimostrare che, il caso di specie non era, per così dire, chiaramente previsto nelle “linee-guida”, data “la sua specificità”, onde il medico avrebbe dovuto attenersi ad un impegno o attività, anche non compresi in tali linee². È ciò indubbiamente possibile, giacché non sembra che le linee guida possano essere rivestite “del valore di piena prova legale” della responsabilità medica sia in senso positivo che negativo, così che, in ogni caso, il medico possa ritenersi sempre privo da responsabilità ove le abbia osservate, come il contrario, ove non le abbia osservate. Se, nel primo caso, come si è visto, l’aver agito “con imprudenza o negligenza” non lo libera da responsabilità, nel secondo caso la mancata osservanza delle linee guida può trovare giustificazione in “un impedimento di carattere oggettivo” che ne abbia impedito o reso difficile l’osservanza. È la regola stabilita dall’art. 2043 c.c.

In sostanza, se la predisposizione di linee-guida indubbiamente rende più agevole per il medico escludere la propria responsabilità, trattandosi di una tipizzazione di comportamenti per via di semplificazione analitica della fattispecie – e ciò specie sul terreno probatorio – esse tuttavia, non avendo certamente valore di prova legale, non escludono la possibilità che, nel caso concreto, il giudizio di responsabilità abbia a formarsi anche in presenza della loro osservanza e/o inosservanza e su altre basi. E fa bene la sentenza a ribadire che dalle linee guida esula ogni automatismo “data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto”.

Ebbene, sembra dunque di poter enunciare che la decisione qui commentata, ha tenuto a ribadire, quan-

¹ V. il passo della sentenza (10.2), ove si afferma che “i principi generali dettati dall’art. 43 cod. penale continuano ad avere applicazione con riferimento alla colpa da negligenza o imprudenza”. Il che vale a maggior ragione per l’applicazione dell’art. 1176 c.c.

² Ma quel che è certo è che occorre pur sempre aver riguardo alla “specificità” del caso e cioè ai particolari “caratteri e modali-

tà” che l’hanno accompagnato, tale da non potere essere ricompreso nell’area ricoperta dalle linee guida. Il che però esclude che tale “specificità” possa farsi consistere semplicemente nel puro fatto che non trattasi di un intervento di routine, tale da richiamare un maggiore impegno del medico, anche al di là del rispetto delle linee guida.

to alla causa di non punibilità, che essa debba limitarsi, come si è detto, in primo luogo, alla imperizia e che essa non possa andar oltre la presenza della colpa lieve, giacché estenderne l'applicazione anche alla colpa grave (per imperizia), come pure effettuato dalla precedente sentenza denominata Cavazza, avrebbe sollevato eccezione di illegittimità costituzionale, per disparità di trattamento “rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili”. La predetta delimitazione alla “colpa lieve” è del resto in linea con il precedente Decreto Balduzzi, del quale si intende riconoscere, in primo luogo, il valore “politico”, a fronte della strategia “difensiva” dei medici. E, per altro verso, come sottolineato nella sentenza, essa valorizza, in sede penale, la graduazione colpa lieve o colpa grave, ben nota in sede civile (art. 2236) ed invece meno nota in quella penale.

Per altro verso, come già si è detto, la delimitazione, anche in sede civile, della causa di non responsabilità per imperizia lieve appare la conclusione logica del modello prescelto fondato sulla semplificazione analitica della fattispecie di responsabilità, e cioè sul percorso correttamente seguito dal medico che non dovrebbe lasciar spazio per imperizia lieve. Sul punto non si esprime espressamente la sentenza, se non in sede di *obiter dictum*, richiamando l'art. 7 della legge.

E restando fermo che siffatta (soglia di) irresponsabilità si arresta solo a fronte della inesatta scelta di una linea guida o di errore colpevole (di imperizia) nella sua esecuzione. E si tratta di circostanze situate, l'una, all'inizio (quanto alla scelta della linea guida) e, l'altra, alla fine (quanto alla sua esecuzione) del percorso che il medico è tenuto a seguire.

Dunque, in conclusione, e volendo districarsi tra le non facili distinzioni recate dalla sentenza, risulta, in base ad essa che il rispetto delle linee guida copre sempre il medico “da responsabilità per imperizia” ma non per “l'inesatta scelta” di una linea – guida, non adatta al caso concreto né per imperizia dimostrata “nella sua esecuzione”. E, in tal caso, esso risponde “per colpa lieve” o “per colpa grave” nella sua esecuzione. Ad essere non governata dalle linee – guida è solo la responsabilità “per normale imprudenza o negligenza” ex art. 1176 c.c.

E l'unico modo con il quale il paziente potrà superare la presunzione di un medico sufficientemente “perito” perché rispettoso delle linee – guida, sarà di dimostrare che “il caso concreto” non poteva ritenersi in esse ricompreso. Come altresì, nella dimostrazione che, nel caso concreto, anche l'osservanza delle linee – guida o delle buone pratiche clinico assistenziali non sarebbe stata sufficiente a porre riparo al medico dal rimprovero di “imperizia”, perché esse non risultavano “adeguate” al caso concreto, onde il

caso avrebbe richiesto un grado di impegno “superiore” a quello da esse “raccomandato”.

È quel che si è definito “lo spazio” lasciato aperto anche dalle linee – guida. Esse infatti hanno riguardo alla “tipizzazione” dei comportamenti e/o delle condotte che possono essere richiesti al medico, secondo uno standard di comportamento medio-sociale, ma non possono essere tali da evitare che, nel caso concreto, detto standard avrebbe dovuto ritenersi superabile dalla condotta concretamente “esigibile” dal medico.

In conclusione, se il rispetto delle linee – guida rappresenta la presunzione che il medico ha proceduto *con perizia* ma ciò sempre “in senso relativo” e ciò a condizione della piena corrispondenza di esse al caso concreto nonché della loro adeguatezza a regolarlo. Resta altresì che, nella loro “applicazione”, la presunzione più non funziona, potendo il paziente dimostrare “la colpa, ma grave”, del medico per imperizia.

L'obbligazione di mezzi e non di risultato

La decisione della Cassazione è da condividere, principalmente per il fatto che essa non pretende che le linee – guida abbiano a porre fuori uso “la più generale negligenza o imprudenza” nella quale può incorrere il medico, nonostante la sua perizia, il che può essere dovuto a fattori prevalentemente “soggettivi”, attinenti alla sua condotta “in concreto” e non essendo detto altresì che il rispetto delle linee guida metta sempre il medico al riparo anche da imperizia “nella loro scelta o esecuzione”.

Esse rappresentano indubbiamente un utile strumento per semplificare il giudizio di responsabilità, sul terreno della perizia del medico, sottraendo il giudizio alla discrezionalità del giudice, sempre opinabile, anche ove esso si avvalga di consulenza tecnica. Lasciano tuttavia aperti varchi significativi, quali principalmente costituiti “dalla scelta” della loro adeguatezza al caso concreto, nonché “dalla loro applicazione”, che può rivelarsi difettosa per imperizia.

Permane tuttavia la difficoltà del giudice – interprete nel distinguere tra una perizia *deficitaria* ed una condotta “negligente e imprudente”, là dove la stessa negligenza potrebbe avere causa nella imperizia o in una perizia manchevole³.

Quanto poi all'errore “nell'esecuzione” delle linee guida, il confine con la negligenza è ancor più sottile, giacché la negligenza è destinata ad incidere specialmente “nell'esecuzione” delle linee – guida più che nella loro individuazione. Ma, in tal caso, ha poco senso anche chiedersi perché non sarebbe sufficiente la colpa lieve, ma si richiede, secondo la sentenza della Cassazione, “la colpa grave”. Il che resta opinabile in sede civile, ove non dovesse ricorrere, come sembra, il limite dell'art. 2236 c.c.

³ V. in tal senso Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia “lieve” del medico* in questa *Rivista* a pag. 948.

Forse nel complessivo apparato motivazionale la Cassazione ha ecceduto “nell’arte delle distinzioni”, sottoponendo l’interprete ad un compito non facile, specie nel doversi districare tra i vari aspetti enunciati.

Preme però al civilista sottolineare come anche l’attuale assetto della “colpa medica”, così come risultante dalla legge Gelli ed interpretato dalla decisione qui commentata, tenga fermo il concetto dell’obbligazione del medico come obbligazione di mezzi e non di risultato, perché ancorata ad un percorso di compor-

tamenti, descritti da raccomandazioni e da linee, percorso che consente pur sempre un’analisi in concreto della condotta esigibile dal sanitario, nelle condizioni date, e tale da realizzare un bilanciamento tra l’interesse (soggettivo) del paziente e quello (oggettivo) alla sicurezza delle cure.

È codesta la novità di un bilanciamento, con cui si intende evitare l’alternativa rappresentata da soluzioni affidate a rigidi automatismi così come alla valutazione discrezionale dell’interprete.

Accertamento della residenza effettiva in Italia

Cassazione civile, Sez. I civ., 17 maggio 2017, n. 12380 – Pres. Giancola – Rel. Acierno – P.M. Zeno (conf.) – I.C. – Comune di Bologna – Ministero dell’Interno – *Accoglie con rinvio.*

Cittadinanza – Art. 4, 2° comma, L. n. 91 del 1992 – Straniero nato in Italia – Residente fino al raggiungimento della maggiore età – Acquisizione della cittadinanza italiana – Effettività della residenza in Italia – Irrilevanza dell’iscrizione anagrafica tardiva – Legalità della permanenza

L’art. 4, 2° comma, L. n. 91 del 1992, che consente allo straniero nato in Italia e che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età di chiedere la cittadinanza italiana, si fonda, da un lato, sull’accertamento della residenza effettiva in Italia dal momento della nascita, anche in caso di difforme dichiarazione paterna, dall’altro, sulla permanenza legale, cioè in base alle norme che regolano l’ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini stranieri. (Massima non ufficiale).

Omissis – I.C. ha chiesto il riconoscimento della cittadinanza italiana L. n. 91 del 1992, ex art. 4 per essere nata e residente in Italia dalla nascita e fino al compimento della maggiore età in modo continuativo.

Il giudice di primo grado ha respinto la domanda. La Corte d’Appello ha confermato la pronuncia del tribunale sulla base delle seguenti considerazioni: in fatto la richiedente è nata in Italia il [giugno 1991] da genitori immigrati dall’ex Yugoslavia; il padre risulta regolarmente soggiornante dalla nascita della figlia con permesso fino al [novembre 1999]; la madre ha richiesto il permesso di soggiorno il [novembre 1992] e la richiesta d’iscrizione della figlia all’anagrafe è datata [settembre 1995]. Al fine di provare anche la precedente continuativa residenza di I.C. in Italia viene prodotta certificazione delle vaccinazioni svolte in precedenza presso i presidi sanitari di Bologna (dal 91 al 2009); il libretto di lavoro del padre (attestante iscrizioni ancorché con limitate soluzioni di continuità dal 1990 al 2000) e le dichiarazioni degli assistenti sociali che avevano in carico il nucleo familiare. Dalla dichiarazione INPS risulta che la minore è inclusa nel nucleo familiare del padre che ne ha percepito gli assegni familiari con decorrenza [settembre 1992], in base alla rinnovazione di una precedente autorizzazione del [aprile 1991].

In diritto, nonostante tale documentazione non sia rite-

nuta non veritiera, anche perché, come osserva la Corte d’Appello il soggiorno degli stranieri è sottoposto istituzionalmente a controlli pubblici che si deve presumere siano stati effettuati anche nella specie, la indicazione da parte dei genitori nell’atto di nascita della loro residenza estera in (*Omissis*) prevale in quanto atto consapevole e partecipato. Ne risulta inequivocamente che l’emigrazione dalla Yugoslavia è avvenuta nel gennaio del 1995. Non risulta comprensibile, alla Corte d’Appello, perché il padre della minore abbia sottoscritto la residenza all’estero se tale condizione non corrispondeva alla realtà, perché non si è provveduto ad una tempestiva iscrizione, perché non si è mai opposto alla certificazione del gennaio 1995.

In mancanza di valide giustificazioni anche sul proprio atto di nascita da parte della richiedente, è da condividersi lo specifico rilievo dato dal Tribunale alla dichiarazione paterna che smentisce la residenza in Italia.

Avverso questa pronuncia ha proposto ricorso per cassazione la cittadina straniera con un unico motivo accompagnato da memoria.

Nel motivo viene dedotta la violazione della L. n. 91 del 1992, art. 4 per non avere la Corte d’appello provveduto ad accertare la residenza effettiva della ricorrente dalla nascita secondo i criteri indicati secondo la definizione codicistica generale di residenza e nella giurisprudenza.

Il motivo è manifestamente fondato. La L. n. 91 del 1992, art. 4 stabilisce al comma 2: “Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data”.

La condizione dettata dalla norma relativa alla residenza in Italia fino al raggiungimento del diciottesimo anno di età, deve essere interpretata, coerentemente con quanto ritenuto dalla dottrina pressoché unanime, con specifico riferimento all’avverbio “legalmente” come permanenza in Italia non clandestina ovvero in violazione delle norme che regolano l’ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini stranieri. L’affacciarsi del fenomeno della migrazione al momento dell’entrata in vigore della legge sulla cittadinanza ha dettato l’esigenza di qualificare come “legale” la condizione costituita dall’ininterrotta residenza, utilizzando un termine del tutto eterogeneo rispetto alla qualificazione normativa della residenza desumibile dall’art. 43 c.c. o dalle norme processuali sulle notificazioni degli atti. Secondo l’art. 43 la residenza è il luogo della dimora abituale. Ugualmente, la definizione giuridica di residenza, mutabile dalle disposizioni processuali sulla notificazione degli atti giudiziari, (artt. 138 e ss. codice di rito)

si fonda sul criterio dell'effettività, da ritenersi prevalente ove provata, sulla residenza anagrafica. (Cass. 2814 del 2000; 5726 del 2002). Peraltro, come esattamente sottolineato nel ricorso, nelle circolari esplicative, dettate dal Ministero dell'Interno, ed in particolare nella circolare n. 22 del 2007, *ratione temporis* applicabile, viene espressamente precisato che l'eventuale iscrizione anagrafica tardiva del minore non può pregiudicare l'acquisto della cittadinanza italiana quando vi sia in concreto la residenza effettiva.

L'incidenza quantitativa del fenomeno dell'errore, a danno dei requisiti dell'acquisto della cittadinanza da parte del minore nato da genitori stranieri e residente in Italia dalla nascita, si è rivelata così frequente da richiedere l'intervento del legislatore. L'art. 33 del D.L. n. 69 del 2013, conv. con modif. dalla L. n. 98 del 2013, rivolto proprio alla "semplificazione del procedimento per l'acquisto della cittadinanza per lo straniero nato in Italia" prevede espressamente che: "Ai fini di cui all'articolo 4, comma 2, della L. 5 febbraio 1992, n. 91, all'interessato non sono imputabili eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della Pubblica Amministrazione, ed egli può dimostrare il possesso dei requisiti con ogni altra idonea documentazione. 2. Gli Ufficiali di Stato Civile sono tenuti al compimento del diciottesimo anno di età a comunicare all'interessato, nella sede di residenza quale risulta all'ufficio, la possibilità di esercitare il diritto di cui alla L. n. 91 del 1992, art. 4, comma 2 entro il compimento del diciannovesimo anno di età. In mancanza, il diritto può essere esercitato anche oltre tale data."

L'esame svolto dalla Corte d'Appello di Bologna non ha assunto come parametro normativo dell'accertamento da svolgere la residenza effettiva della ricorrente, avendo dato rilievo assorbente, alla dichiarazione, del tutto contrastante con i molteplici riscontri probatori contrari, posti a base della domanda di cittadinanza, resa dai genitori all'atto di nascita della figlia. Una dichiarazione resa nella fase iniziale della permanenza in Italia dei predetti genitori la cui mancata confutazione successiva si giustifica inequivocamente con la loro condizione di cittadini stranieri certamente non tenuti a conoscere nel dettaglio i requisiti per l'acquisto della cittadinanza della propria figlia fin dal loro ingresso o anche dopo qualche anno, quando hanno assunto anche formalmente la cittadinanza in Italia. Tralasciando la documentazione prodotta in appello, peraltro del tutto ammissibile in considerazione della natura dell'accertamento e del potere dovere istruttorio officioso del giudice di approfondire l'indagine di fatto (Cass. 6205 del 2014; 22608 del 2015), deve rilevarsi che, alla luce della corretta qualificazione giuridica della residenza, univocamente fondata sull'accertamento della sua effettività, la corte d'Appello avrebbe dovuto rivolgere il suo esame alla verifica della continuità, dalla nascita e fino all'integrazione della condizione temporale prevista dalla L. n. 91 del 1992, della residenza effettiva della ricorrente in Italia. Tale prova può essere fornita mediante documentazione, peraltro di provenienza da autorità pubbliche, che certifichi anche indirettamente ma univocamente la permanenza continuativa in Italia della richiedente la cittadinanza. Nella specie vi è stato un ritardo nella regolarizzazione della residenza della ricorrente da parte dei genitori, avvenuta nel 1995, ma dalla nascita della ricorrente al 1995 sono state prodotte: la certificazione delle vaccinazioni eseguite a Bologna dal 1991 al 1994 quando la minore non era ancora inclusa nel permesso di soggiorno della madre ed anche tutte le suc-

cessive; i libretti di lavoro paterno che attestano una continuativa permanenza a Bologna per ragioni di lavoro ben oltre la data di attestazione della residenza anagrafica; la percezione degli assegni familiari da parte del padre dalla nascita che attestano l'inclusione della minore nel nucleo familiare anche in questo caso anche oltre la formalizzazione della residenza.

Ai fini della residenza effettiva l'esame di questa documentazione doveva essere effettuato in concreto in quanto relativo all'unico accertamento rilevante in causa. È stato, invece, ignorato il contenuto di questa documentazione e la sua incidenza sull'accertamento da svolgere sulla base della valorizzazione esclusiva della dichiarazione dei genitori alla nascita sulla residenza estera, non tanto per il peso probatorio in sé quanto per la mancata attivazione e confutazione successiva.

Il ricorso deve essere, in conclusione, accolto e la sentenza cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Bologna perché esamini alla luce delle considerazioni svolte e della crucialità dell'accertamento relativo alla residenza effettiva la domanda proposta. – *Omissis*.

L'effettività della permanenza legale e l'acquisto della cittadinanza

La cittadinanza è uno *status* che conferisce una serie di diritti ad un soggetto ed è attribuita in forza dalla legge dello Stato che la attribuisce. Il c.d. *status civitatis* ha quindi la funzione di individuare la posizione di un singolo individuo in relazione ad una collettività nazionale, certificandone l'appartenenza ed attribuendo alla persona il complesso dei diritti e dei doveri in dipendenza della sua qualità di cittadino, ossia di individuo che presenta un particolare legame con il gruppo sociale e con il territorio di uno Stato.

La L. 5 febbraio 1992, n. 91, e successive modificazioni, privilegia il criterio dello *ius sanguinis*, riconoscendo tendenzialmente la cittadinanza italiana per nascita soltanto a coloro che siano figli di cittadini italiani; in ipotesi marginali è consentito il ricorso al criterio dello *ius soli*. Un caso di naturalizzazione è previsto per lo straniero nato in Italia e che vi abbia risieduto legalmente e ininterrottamente sino al raggiungimento della maggiore età. In questo caso in base all'art. 4, 2° comma, L. n. 91/1992, lo straniero diviene cittadino italiano se, entro un anno dal raggiungimento della maggiore età, dichiara di voler acquistare la cittadinanza. La previsione è volta evidentemente a favorire l'integrazione degli stranieri che siano cresciuti in Italia, consentendo loro, una volta raggiunta la maggior età, il pieno godimento dei diritti politici del cittadino.

Nel caso in esame l'accertamento della legale permanenza in Italia della minore I.C. "senza interruzioni fino al compimento della maggiore età" era stato escluso, sia dal Giudice di primo grado, sia dalla Corte d'appello, che avevano valorizzato la dichiarazione dei genitori che prima (1991) avevano affermato essere all'estero la residenza della loro figlia, e solo dopo

quattro anni (1995) avevano richiesto l'iscrizione della minore all'anagrafe di residenza.

Correttamente la Corte di cassazione afferma non poter essere rilevante unicamente l'iscrizione anagrafica (qui avvenuta tardivamente), ma doversi svolgere un accertamento sull'effettiva presenza del minore in Italia. Nel caso di specie divengono quindi rilevanti la certificazione delle vaccinazioni eseguite quando la minore non era regolarmente inclusa nel permesso di soggiorno dei genitori ed i libretti di lavoro del padre (unitamente alla percezione degli assegni familiari) che attestavano la continua permanenza del nucleo familiare in Italia, anche se la minore non risultava formalmente residente in Italia, ma anzi i genitori avevano dichiarato, all'atto della nascita in Italia, che ella avere residenza nel loro paese d'origine. Nella sentenza d'appello la Suprema Corte censura il rigetto della richiesta di cittadinanza in ragione della valorizzazione esclusiva della dichiarazione dei genitori alla nascita in merito alla residenza all'estero di I.C., non negando il peso probatorio in sé di tale dichiarazione, quanto rilevando la mancata attivazione del potere d'indagine del Giudice in ordine alla effettiva permanenza in Italia della minore.

Tale posizione era già stata affermata nella precedente giurisprudenza della Suprema Corte in occasione dei procedimenti relativi al riconoscimento dello *status* di cittadino, ove era stato evidenziato che "il rango di diritto di primaria rilevanza costituzionale oggetto dell'accertamento giudiziale impone al giudice di attivare i suoi poteri istruttori officiosi al fine di ottenere tutte le informazioni necessarie per verificare l'esistenza o la mancanza di presupposti richiesti dalla legge" (così Cass. n. 22608/15, che richiama Cass. n. 20870/11).

Anche nel caso in esame, nell'affermare la prevalenza del criterio dell'effettività ai fini della prova della residenza dalla nascita per l'acquisto della cittadinanza italiana, la Corte di cassazione sottolinea il dovere istruttorio del giudice di approfondire l'indagine. In particolare sottolinea come la corretta qualificazione giuridica di residenza sia univocamente fondata sull'accertamento della sua effettività e come la documentazione debba certificare anche indirettamente, ma univocamente, la permanenza continuativa in Italia della persona.

La decisione sottolinea peraltro anche il fatto che la documentazione attestante l'effettività della residenza in Italia dalla nascita provenga da autorità pubbliche: questa documentazione prevale sull'iscrizione anagrafica tardiva richiesta dai genitori. Impedire il riconoscimento della cittadinanza italiana in capo ad I.C. in ragione della dichiarazione di residenza all'estero resa dai suoi genitori al momento della nascita, senza tenere conto dei documenti attestanti la legale presenza della minore sul territorio italiano nello stesso periodo, condurrebbe a privare la persona del diritto alla cittadinanza in ragione di dato giuridico formatosi quando era minore e contrapposto alla sua richiesta

di essere riconosciuta cittadina italiana al raggiungimento della maggiore età.

Pare opportuno ricordare che nell'ottobre 2015 era stata presentata, e molto dibattuta, una proposta di legge di riforma della legge sulla cittadinanza che avrebbe diversamente disciplinato la tutela dell'acquisto della cittadinanza da parte dei minori stranieri presenti sul territorio italiano. La novità principale del testo consisteva nella previsione di una nuova fattispecie di acquisto della cittadinanza italiana per nascita (c.d. *ius soli*) e nell'introduzione di una nuova fattispecie di acquisto della cittadinanza in seguito ad un percorso scolastico (c.d. *ius culturae*). In particolare, avrebbe acquistato la cittadinanza per nascita chi fosse nato nel territorio della Repubblica da genitori stranieri, di cui almeno uno titolare del diritto di soggiorno permanente o in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo (c.d. *ius soli*). Era anche prevista la concessione della cittadinanza (c.d. naturalizzazione) per lo straniero che avesse fatto ingresso nel territorio nazionale prima del compimento della maggiore età, fosse legalmente residente da almeno sei anni ed avesse frequentato regolarmente un ciclo scolastico, con il conseguimento del titolo conclusivo, presso gli istituti scolastici appartenenti al sistema nazionale di istruzione, ovvero un percorso di istruzione e formazione professionale con il conseguimento di una qualifica professionale (c.d. *ius culturae*). Il testo approvato dalla Camera prevedeva inoltre una disciplina transitoria in forza della quale, coloro che avessero maturato i requisiti per l'acquisto *iure culturae* prima dell'entrata in vigore della legge e avessero già compiuto i 20 anni di età (termine previsto dalla proposta di legge per la dichiarazione di acquisto della cittadinanza), avrebbero potuto fare richiesta di acquisto della cittadinanza entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, purché residenti in Italia da almeno 5 anni.

Da ultimo, rileviamo che la decisione in commento è coerente con l'impostazione che vede nella cittadinanza un diritto umano, cioè come un diritto ad avere diritti. Sebbene la determinazione dei criteri per l'acquisto e la perdita della cittadinanza spetti allo Stato, fin dal caso *Nottebbom* (Corte internazionale di Giustizia, 6 aprile 1955, *Liechtenstein c. Guatemala*) è stato affermato il principio del c.d. *genuine link* in forza del quale gli Stati sono tenuti a riconoscere la cittadinanza di un individuo solo se essa si fonda su un legame reale ed effettivo tra lo Stato che la attribuisce e la persona a cui è attribuita. Peraltro, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 per la prima volta riconosce l'esistenza del diritto alla cittadinanza, quale diritto fondamentale. Precisamente l'art. 15 afferma: "1. Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza. 2. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza".

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del

1950 invece non contiene alcun riferimento diretto al diritto di cittadinanza, ma la Corte di Strasburgo ha agganciato il diritto alla cittadinanza al diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea. In particolare, il riconoscimento o meno di un determinato *status civitatis* può essere oggetto di verifica qualora il diniego della cittadinanza sia arbitrario e determini conseguenze negative sul piano delle relazioni sociali, economiche e culturali della persona. La Corte europea valorizza la dimensione individuale del soggetto, rilevando come i diritti umani siano attribuiti alla persona in quanto tale a prescindere dalla nazionalità. Sebbene la Convenzione non garantisca il diritto ad ottenere una determinata cittadinanza, la Corte conosce delle violazioni della Convenzione europea determinate da norme nazionali in materia di cittadinanza allorché la

misura adottata sia arbitraria ed abbia un impatto sulla vita privata dell'individuo (tra le numerose decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente a casi di diniego della cittadinanza, cfr. *Karassev v. Finlandia*, n. 31414/96, 12 gennaio 1999; *Slivenko e altri v. Lettonia*, n. 48321/99, 23 gennaio 2002; *Kolosovskiy v. Lettonia*, n. 50183/99, 29 gennaio 2004; *Reiner v. Bulgaria*, n. 46343/99, 23 maggio 2006; *Kuduzovic v. Slovenia*, n. 60723/00, 17 marzo 2005; *Kuric e altri v. Slovenia*, n. 26828/06, 13 luglio 2010; *Genovese v. Malta*, n. 53124/09, 11 ottobre 2011; più recente il caso *Ramadan v. Malta*, n. 76136/12, 21 giugno 2016 relativo ad un caso di revoca della cittadinanza).

Margherita Salvadori

Contratti di consumo

Cassazione civile, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 10910 – Pres. Di Amato – Rel. Pellicchia – P.M. Mistri (diff.) – ACOF O.F. Cooperativa Sociale (avv.ti Leo, Pitton) – C.A.R. (avv.to Puce). *Conferma App. Milano, 4 giugno 2014*.

Obbligazioni e contratti – Clause abusive o vessatorie – Presunzione di vessatorietà

Ha natura presuntivamente vessatoria la clausola contrattuale che sanziona indiscriminatamente il recesso dell'allievo, assistito o meno da un giustificato motivo, a maggior ragione quando la somma dovuta dall'allievo nel caso di recesso sostanzialmente viene a integrare una penale, e non trova riscontro in analoga sanzione a carico del professionista. Una simile clausola, invero, riserva implicitamente al professionista un trattamento differenziato e migliore, in contrasto, tra l'altro, con l'art. 1469 bis, n. 7, c.c., oggi corrispondente alla lett. g) dell'art. 33 c. cons. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Con il primo motivo, la ricorrente deduce “violazione o falsa applicazione dell'art. 1353 c.c. e segg., in relazione all'art. 1373 c.c.”, e “contraddittoria motivazione della sentenza ex art. 360 c.p.c., n. 5, in relazione alla clausola 8 del contratto”. La clausola contrattuale che, secondo la Corte di Appello, consentirebbe alla Acof di recedere dal contratto avrebbe in realtà il carattere di condizione sospensiva, collegata ad un obbligo imposto alla stessa Acof dalla legge. Al momento dell'inizio dell'anno scolastico, la condizione sospensiva si era avverata e il contratto aveva acquistato efficacia ex tunc. Dopo tale momento nessun recesso era consentito, né al consumatore né al professionista. Non sarebbe sussistente, quindi, alcuno squilibrio sinallagmatico tra le posizioni delle parti da cor-

reggere con la ritenuta presunzione di vessatorietà della clausola.

Il motivo è inammissibile, per la parte in cui censura la motivazione della sentenza impugnata, non risultando rispettati i limiti con cui tale vizio può essere fatto valere a seguito della riforma dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

Relativamente alla parte in cui la ricorrente censura la violazione di legge, il motivo è invece infondato. La sentenza, infatti, non è stata adeguatamente censurata poiché la ricorrente deduce la violazione di legge sul presupposto che la clausola detti una condizione e non censura la diversa interpretazione della clausola data dalla sentenza. La Corte milanese infatti ha ritenuto applicabile alla fattispecie la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 33, lett. g, del Codice del consumo, secondo cui, si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché di consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto. Già in passato, questa Corte ha riconosciuto la natura presuntivamente vessatoria della clausola contrattuale che sanziona indiscriminatamente il recesso dell'allievo, assistito o meno da un giustificato motivo, per di più quando, come nel caso, la somma dovuta dall'allievo nel caso di recesso – che viene sostanzialmente ad integrare una penale – non trovi riscontro in analoga sanzione a carico del professionista” (Cass. civ. Sez. 3^a, Sent., 17-03-2010, n. 6481). Infatti, una simile clausola riserva implicitamente al professionista – che, in applicazione dei principi generali in materia contrattuale, risponde solo nel caso di recesso colpevole – un trattamento differenziato e migliore, in contrasto, tra l'altro, con l'art. 1469 bis c.c., n. 7 (oggi corrispondente all'art. 33, lett. g), del Codice del Consumo). – *Omissis.*

Presunzione, onere della prova e giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali

Giuliano Zanchi*

La Suprema Corte offre un'interpretazione dell'art. 33 c. cons. che sotto vari profili non appare condivisibile. La clausola contrattuale che preveda solo in capo al professionista il diritto di pretendere il pagamento di una somma di danaro in caso di recesso del consumatore determina effettivamente un significativo squilibrio tra le posizioni contrattuali a discapito del consumatore, ma risulta difficilmente riconducibile alla fattispecie dell'art. 33, 2° comma, lett. g), c. cons., come invece ritiene la Corte di cassazione. Più in generale la posizione ermeneutica assunta dalla sentenza Cass. civ. n. 10910/2017 pone la necessità di definire il corretto ambito di applicazione dei primi due commi dell'art. 33 c. cons. e di riconoscere in particolare l'esatto funzionamento del congegno presuntivo disegnato dal legislatore con la c.d. "lista grigia" delle clausole abusive.

Premessa

La decisione in commento affronta il tema della presunzione di vessatorietà di una clausola contrattuale che preveda solo in capo al professionista il diritto di pretendere il pagamento di una somma di danaro in caso di recesso del consumatore.

Questa previsione contrattuale istituirebbe un trattamento diseguale tra consumatore e professionista a tutto vantaggio di quest'ultimo e come tale la clausola in esame è considerata invalida ai sensi della disciplina consumeristica. Più precisamente, la Suprema Corte ritiene vi siano le condizioni per l'applicabilità dell'art. 33, 2° comma, lett. g), c. cons., ai sensi del quale si presume vessatoria, sino a prova contraria, la clausola che abbia per oggetto o effetto quello di "riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto".

Il ragionamento della Corte desta più di una perplessità. In particolare, la riconduzione della clausola contrattuale alla previsione della lett. g dell'art. 33 c. cons., non appare condivisibile. Le due ipotesi di vessatorietà incorporate in tale disposizione legislativa non si attagliano al caso di specie, ove l'eventuale valutazione di abusività andava semmai condotta sulla base di diversi parametri di valutazione, ed in particolare facendo uso della clausola generale prevista al 1° comma del medesimo art. 33. La questione, così, investe più in generale il delicato problema dell'esatta definizione degli ambiti di applicazione dei diversi meccanismi di protezione del consumatore previsti dall'art. 33 c. cons.

La "presunzione" di vessatorietà di cui all'art. 33, 2° comma, c. cons.

Sin dalla prima implementazione della Dir. 93/13/CEE nel corpo del codice civile, la dottrina si è occu-

pata del significato da attribuire alla presunzione di vessatorietà prevista al 2° comma dell'allora art. 1469 bis c.c.

La presunzione è annoverata dal Codice Civile tra i mezzi di prova (artt. 2727-2729) e quindi svolge la funzione di rappresentare nella dinamica processuale un accadimento, ossia un fatto. Proprio il particolare procedimento induttivo in cui consiste la presunzione descritta dall'art. 2727 c.c., e che consente di affermare l'esistenza del fatto controverso (*factum probandum*) attraverso la conoscenza di altro fatto (*factum probans*), svela che il suo ambito di rilevanza sia tipicamente quello dell'accertamento fattuale¹. La presunzione dunque precede e si distingue dalla valutazione giuridica del fatto presunto ad opera dell'interprete, ciò che attiene alla sua qualificazione alla luce delle norme dell'ordinamento.

Si comprende allora che l'utilizzo dell'espressione "Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole [...]" faccia uso di una nozione di presunzione eccentrica rispetto alla definizione che si trae dall'art. 2727 c.c. Associando infatti l'induzione tipica del giudizio presuntivo ad una valutazione giuridica, appunto la vessatorietà di una clausola, il legislatore sembra collegare il verificarsi di un fatto (la ricorrenza in concreto di una delle clausole contrattuali ivi tipizzate) ad una valutazione giuridica (la vessatorietà di una clausola contrattuale), non invece all'accertamento di altro fatto.

Un simile utilizzo del termine presunzione è stato apertamente criticato da una parte della dottrina, che ne ha denunciato un uso a-tecnico da parte del legislatore italiano in sede di implementazione della Dir. 93/13/CEE², mentre altri autori, pur criticando una scelta di articolazione lessicale considerata non perspicua, hanno ritenuto di poter interpretare l'espressione legislativa nel senso di riconnettere l'effetto presuntivo della ricorrenza delle clausole tipiche previste dal legislatore non al giudizio di vessatorietà, quanto al-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Si tratta di un'impostazione largamente condivisa in dottrina. *Ex multis* cfr. Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1915, 81 e segg.; Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 205; Andrioli, *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 766 e segg.; Palazzo, *Presunzione*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 265; Cordopatri, *Presunzione (dir. proc. civ.)*, ivi, 276; Fabbrini, *Presunzioni*, in *Digesto*

Civ., XIV, Torino, 1996, 279 e segg.; Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 1998, 286 e segg.

² Si tratterebbe di una "falsa presunzione". Così Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. Dir. Priv.*, 1998, 10 ss, 12. Consolo-De Cristofaro, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. Giur.*, 1997, 475; Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 165 e segg.

l'accertamento dei fatti a fondamento dei quali il giudice perviene poi alla valutazione di vessatorietà³. Altra parte della dottrina, nel condividere l'idea che la c.d. "lista grigia" dell'art. 33, 2° comma, c. cons. non enumeri ipotesi di presunzione in senso proprio, sostiene che esse rappresentino casi in cui il legislatore abbia previsto una deroga al regime ordinario sulla distribuzione dell'onere della prova. In tal senso la presunzione assegnerebbe al professionista l'onere di provare un fatto impeditivo alla valutazione di vessatorietà operata *ex lege*⁴, oppure vi opporrebbe una persuasiva valutazione di non abusività⁵. Non è poi mancato chi abbia considerato l'espressione legislativa in esame quale clausola di stile, in sé dunque priva di un significato di particolare rilievo, sì da rendere l'elenco delle clausole abusive una mera esemplificazione di clausole in cui potenzialmente si esprime un significativo squilibrio *inter partes*⁶.

Le diverse prospettazioni conducono a ricadute assai rilevanti sul piano teorico-pratico. In particolare, la diversa opinione sulla riconducibilità della presunzione di abusività alla presunzione *ex art.* 2727 c.c. o invece a diverso congegno normativo, influisce sulla determinazione del regime giuridico applicabile alla presunzione dell'art. 33, 2° comma, c. cons.

Se si tenta di ricondurre necessariamente la presunzione di vessatorietà dell'art. 33, 2° comma, all'art. 2727 c.c. si affronta indubbiamente la difficoltà di costruire il processo di determinazione della presunzione su fatti e non su giudizi. Tale impostazione conduce inevitabilmente alla forzatura di identificare

il fatto base in una circostanza esterna alla lista di clausole vessatorie dell'art. 33, 2° comma, c. cons. ossia nella mancanza di trattative. Ed invece appare chiaro che nella mente del legislatore la presunzione a cui fa riferimento la norma riguarda la qualificazione delle clausole come "normalmente" vessatorie, non il fatto della loro previsione in assenza di trattativa.

Del resto, l'utilizzo del termine "presunzione" al di fuori della valutazione di fatti e in relazione a giudizi e valutazioni legali non è estraneo allo stesso lessico del codice civile. Si pensi alle presunzioni di onerosità e di gratuità che si trovano nella disciplina dei contratti nominati – rispettivamente nel caso del mandato (art. 1709 c.c.) e del deposito (art. 1767 c.c.)⁷ – o alla presunzione di equivalenza della gravità della colpa nella responsabilità da circolazione di autoveicoli (art. 2054 c.c.) così come nella responsabilità solidale da fatto illecito (art. 2055 c.c.), fino alla presunzione di comunione o esclusività di muri, siepi, fossi e alberi nella disciplina delle distanze legali (artt. 880, 881, 897, 898 e 899 c.c.). In tutte queste fattispecie legali la presunzione conduce ad una valutazione giuridica di una circostanza, non alla valorizzazione probatoria di un fatto. Sicché la nozione di presunzione si estende al di fuori dei confini della disciplina della prova civile e si configura in senso lato come procedimento logico-giuridico, come tecnica di accertamento della ricorrenza ora di fatti, ora di giudizi⁸.

Accolto in questo suo significato più ampio, la terminologia utilizzata dall'art. 33, 2° comma, c. cons. si presenta meno anomala di quanto a prima vista possa

³ Cian, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile: sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Stud. Iuris*, 1996, 415 e segg. il quale riferisce il fatto base alla mancata trattativa individuale, la cui effettiva ricorrenza invece costituirebbe la prova contraria in grado di superare la presunzione (*contra* Castronovo, *Profili della disciplina*, cit., 12). Ammette un'opzione ermeneutica analoga anche Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno. III. Diritto Privato 2. Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 545. L'A. ipotizza che in tal caso il fatto base consista nell'apposizione di una clausola senza trattativa, mentre la presunzione che se ne inferisce consisterebbe nell'abuso di una posizione di potere nel mercato. Obietta però Sirena, *Presunzione di vessatorietà*, in *Il Codice Civile Commentario Schlesinger-Busnelli*, a cura di Alpa e Patti, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, 208, nota 8 che tale tesi presuppone in modo non condivisibile la contrarietà delle clausole vessatorie alla buona fede in senso oggettivo, ove tale lesione rilevarebbe come elemento costitutivo della fattispecie di vessatorietà.

⁴ Le clausole elencate sarebbero così considerate *prima facie* vessatorie. In tal senso Mengoni, *Problemi di integrazione*, cit., 545; Sirena, *Presunzione di vessatorietà*, cit., 211; Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 170; Capobianco, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (art. 1469-bis-1469-sexies c.c.)*, in *Vita Notar.*, 1996, 1153 e segg.; Tullio, *Il contratto per adesione*, Milano, 1997, 75.

⁵ De Nova, *Le clausole vessatorie*, Miano, 1996, 18.

⁶ Cecere, *Art. 1469-bis*, in Barenghi (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 65 e segg. Secondo la quale l'espressione "si presumono vessatorie fino

a prova contraria" vada letta nel senso di "possono dichiararsi abusive", espressione mutuata dal testo della Dir. 93/13/CEE (art. 3, 3° comma).

⁷ Secondo però l'opinione di Castronovo, *Profili della disciplina*, cit., 10 dietro a previsioni come la presunzione di onerosità del mandato o quella di gratuità del deposito "sta immediatamente un fatto" e ciò non allontanerebbe l'uso del termine presunzione dal significato consacrato all'art. 2727 c.c.

⁸ Sulla natura della presunzione come procedimento logico e tecnica di ragionamento, anche nel significato più ristretto di mezzo di prova, la letteratura è sostanzialmente concorde (cfr. oltre agli Autori sopra citati Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, *passim*; Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, in Id., *Opere Giuridiche*, Napoli, 1966, I, 23 e segg.; Patti, *Prove. Disposizioni generali. Artt. 2697-2698*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001, 46 e segg.), sebbene, come si evidenzierà a breve, la configurazione della presunzione come autentico mezzo di prova sia fortemente contestata con riferimento alle presunzioni legali. Proprio la riconosciuta diversità tra presunzioni semplici e legali, che per molti Autori impedisce di ricondurre ad unità le presunzioni disciplinate agli artt. 2727-2729 c.c. (cfr. Patti, *Prove. Disposizioni generali*, cit., 88; Taruffo, *Presunzioni. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 3; Fabbrini, *Presunzioni*, in *Digesto Civ.*, XIV, Torino, 1996, 280; Bianchi, *La prova civile. Onere e ammissibilità della prova nel codice civile*, Padova, 2009, 206), legittima sotto un ulteriore profilo la ricostruzione della presunzione in senso lato come tecnica deduttiva che il legislatore mette a disposizione del Giudice o utilizzata esso stesso nei più vari contesti, anche al di fuori della definizione dei mezzi probatori.

apparire, a patto che si riconosca che il suo perimetro concettuale non è quello della *species* di presunzione disciplinata dagli artt. 2727 c.c., ma del *genus* delle presunzioni intese quale specifica tecnica argomentativa, ipotizzata dal legislatore tanto per indurre l'esistenza di fatti quanto per assegnare ad essi una determinata qualificazione giuridica⁹.

L'art. 33, 2° comma, c. cons. appare allora riconducibile a questa seconda specie, ove invece l'art. 2727 c.c. appartiene alla prima e diversa specie.

La funzione ermeneutica degli artt. 2727 e segg. c.c. rispetto alla presunzione di vessatorietà

Il distinto significato da attribuire al meccanismo presuntivo nel contesto della valutazione di abusività di una clausola contrattuale, non esclude di per sé che la disciplina degli artt. 2727 ss. c.c. possa rappresentare un referente normativo al quale volgere lo sguardo per trarvi principi generali applicabili alle presunzioni *tout court*.

E così, in primo luogo, la distinzione codicistica tra presunzioni semplici e legali può essere recuperata con riferimento ai casi in cui una previsione legislativa associ una certa qualificazione giuridica al verificarsi di una determinata circostanza, come nel caso della presunzione di abusività *ex art. 33 c. cons.*, che presenta i tratti tipici di una presunzione legale.

Ciò consente di far tesoro delle riflessioni che la dottrina ha svolto attorno all'art. 2728 c.c. anche con riferimento alle presunzioni (legali) che hanno ad oggetto giudizi. In questa prospettiva torna qui utile la riflessione di quella dottrina che, commentando la distinzione normativa tra presunzioni semplici e presunzioni legali, aveva rilevato l'eterogeneità sostanziale tra le due ipotesi. Mentre la presunzione semplice può ben essere qualificata quale mezzo di prova al pari di qualsiasi altro analogo ad un qualsiasi altro mezzo di prova, sia pure con la peculiarità che l'ammissione della presunzione non costituiscono qui un

filtro *ex ante* di valutazione giudiziale, ma rappresentano una valutazione *ex post* dell'efficacia probatoria da attribuire all'inferenza presuntiva¹⁰, la presunzione legale attiene alla regolazione dell'onere probatorio¹¹. Riguardata dalla prospettiva dell'interprete, se ricorre un'ipotesi di presunzione legale non è dato al Giudice alcun margine di valutazione, giacché la legge predetermina una ben precisa conseguenza inferenziale al verificarsi di una determinata circostanza.

Dal momento che al Giudice viene inibita una valutazione caso per caso sulla capacità di un certo fatto noto di ritenere attendibile l'esistenza di altro fatto ignoto, la presunzione legale innesca un meccanismo alternativo a quello della prova. Il legislatore risolve nella fattispecie legale della presunzione un'attribuzione di veridicità ad un fatto ignoto sottraendolo ad una valutazione di carattere probatorio, appunto dispensando il Giudice dalla relativa prova (art. 2728 c.c.). La presunzione legale risolve a livello sostanziale, di fattispecie normativa, un tema di accertamento di fatto altrimenti consegnato al meccanismo processuale dell'acquisizione della prova e della formazione del libero convincimento del Giudice su di essa.

La *ratio* delle presunzioni legali di cui all'art. 2828 c.c. va ricercata nei principi di economia processuale e di semplificazione dell'operato del Giudice laddove regole di esperienza indichino a tal punto verosimile una certa conseguenza di fatto da ritenerla certa in base ad una valutazione legale insuperabile (*iuris et de iure*) oppure altamente probabile (*iuris tantum*) e quindi superabile fornendone prova contraria¹². In tale ultimo caso, quindi, la presunzione legale investe il tema della prova, a differenza delle presunzioni assolute che lo escludono, ma sposta il suo oggetto dal fatto costitutivo della fattispecie controversa al fatto contrario. L'alterazione dell'oggetto della prova implica necessariamente una diversa distribuzione del relativo onere rispetto a quella ordinaria, ciò che viene generalmente riconosciuto essere il *proprium* delle presunzioni legali relative¹³.

⁹ Non è chiarito dal legislatore quale sia esattamente il criterio in forza del quale vada operato il ragionamento presuntivo, ed in particolare se abbia natura induttiva o deduttiva. Lo rileva da ultimo Patti, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 480 e segg. a cui si invia anche per ulteriori spunti bibliografici.

¹⁰ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, 444 e segg.

¹¹ Cfr. Andrioli, *Presunzioni*, cit., 767; Taruffo, *Presunzioni: I – Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, 1 e segg.; Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 645 e segg.

¹² Con la presunzione legale relativa il legislatore accetta che il fatto presunto possa non essersi verificato e ammette chi ne abbia interesse a dimostrare che nel caso concreto si sia verificata una circostanza diversa, per quanto normalmente improbabile. Nel caso della presunzione legale assoluta, invece, pur dovendosi ammettere logicamente che nel caso concreto possa essersi verificato un fatto diverso da quello presunto, la legge non consente di darle eventualmente rilevanza, valutando che le ipotesi in cui il fatto presunto effettivamente non si verificò in concreto siano così infrequenti o la prova contraria sia talmente complessa da

accettare che ciò che è (solo altamente) probabile sia per il diritto vero. La *razionalità* insita nella scelta legislativa di elaborare una presunzione legale assoluta è da alcuni Autori identificata come *discrimen* tra esse e le *finzioni*, con cui pure le presunzioni legali assolute mostrano di avere molti elementi in comune. La differenza starebbe appunto nel fatto che con le finzioni il legislatore suppone l'esistenza di un fatto che non è affatto probabile che si sia verificato, anzi certamente non lo è. La finzione opera quindi consapevolmente una "forzatura" della realtà, mentre la presunzione legale assoluta la rispetta. Andrioli, *Presunzioni*, cit. 767; Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 120 e segg.; De Cupis, *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e finzioni giuridiche*, in *Giust. Civ.*, 1982, II, 227 e segg.

¹³ Anche nel caso delle c.d. presunzioni giurisprudenziali si riconosce che il Giudice distribuisca in maniera differente dai criteri legali ordinari l'onere probatorio. Cfr. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro It.*, 1971, V, 177 e segg.; Patti, *Prove. Disposizioni generali*, cit., 87 e segg.; Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 736 e segg.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-

Tornando ora a considerare le ipotesi di presunzioni che hanno ad oggetto valutazioni giuridiche, ed in particolare l'art. 33, 2° comma, c. cons., si ritrovano in questa previsione le stesse caratteristiche appena descritte con riferimento alle presunzioni legali in senso stretto. Anche in questo caso il legislatore opera una scelta razionalità e convenienza, che nella specie si basa sulla regola di esperienza che secondo l'*id quod plerumque accidit* le clausole contrattuali che abbiano contenuti riconducibili all'elenco del 2° comma siano abusive, salvo che il professionista fornisca prova contraria. La previsione legislativa attua qui la modificazione del tema della prova e l'inversione dell'onere probatorio tipica delle presunzioni legali relative dell'art. 2728 c.c. È ben vero che qui la prova contraria non sia in sé produttiva di effetti giuridici, ma solo nella misura in cui essa sia strumentale all'argomentazione del professionista sulla non abusività in concreto della previsione. Il fatto impeditivo vince la presunzione di abusività solo se idoneo a generare una contro-valutazione in concreto rispetto a quella generale ed astratta della norma, ossia che le altre clausole del contratto siano idonee a bilanciare quella presunta vessatoria oppure che la clausola in esame non può considerarsi vessatoria alla luce delle circostanze in cui il contratto è stato concluso.

Superamento di alcune perplessità dottrinali sulla presunzione di abusività

È stato sostenuto in dottrina che la presunzione di abusività dell'art. 33, 2° comma, c. cons. non sarebbe una vera presunzione perché non prende in considerazione fatti diversi da quelli che costituiscono la fattispecie produttiva dell'effetto giuridico, ciò che invece accade nei casi di presunzione legale relativa *ex art. 2728 c.c.* Si è anche aggiunto che la presunzione legale relativa ricollega effetti giuridici alla mancata prova del fatto contrario, mentre nel caso delle clausole della c.d. lista grigia la loro abusività è già sancita in via generale dal 1° comma dell'art. 33 c. cons. generando esse un significativo squilibrio¹⁴.

Nell'impostazione ermeneutica qui assunta, tali obiezioni non sembrano ostacolare la qualificazione della presunzione *ex art. 33 c. cons.* quale presunzione legale relativa, assumendo che la presunzione vada intesa qui in senso lato e non in senso stretto. Le riferite argomentazioni di segno contrario sono costruite su un modello dogmatico elaborato con specifico riferimento alle (sole) presunzioni aventi ad oggetto fatti, mentre in questo contesto si è fatto uso di una nozione di presunzione in generale, e di presunzioni legale relativa in particolare, nel significato più

ampio di tecnica argomentativa utilizzata dal legislatore per risolvere sul piano della fattispecie sostanziale (e in base all'*id quod plerumque accidit*) una questione di fatto o di diritto che altrimenti troverebbe collocazione "naturale" nella dinamica processuale. La dimensione del processo viene tuttavia recuperata qualora sia possibile fornire una prova che in concreto quella conseguenza cristallizzata nella fattispecie legale non sia ricorso in concreto (presunzione legale relativa). Oltre non si può andare nella definizione della categoria generale di presunzione.

Del resto, volendo assumere una prospettiva tutta interna alla nozione di presunzione in senso stretto, prima ancora che intercettare singole distonie disciplinari andrebbe rilevata l'eterogeneità ontologica tra le presunzioni di cui trattano gli artt. 2727-2729 c.c., che riguardano fatti, e la presunzione di abusività, che riguarda un giudizio su fatti.

Per altro verso, le due criticità menzionate non sembrano elevarsi ad elementi connotativi necessari delle presunzioni legali relative in senso stretto. Non vi è alcun indice normativo negli artt. 2727-2729 c.c. dal quale trarre la regola generale dell'operatività della presunzione legale relativa sulle sole circostanze diverse da quelle produttive dell'effetto giuridico. L'art. 2728 c.c. si limita a dispensare dalla prova coloro che si giovano della presunzione, introducendo al 2° comma il tema della prova contraria e rinviando per il resto alle singole previsioni normative che prevedano presunzioni legali con ammissione a prova contraria. Di volta in volta il legislatore potrà decidere di far operare la presunzione tanto su fatti estranei alla fattispecie alla quale la presunzione si ricollega quanto su fatti costitutivi della stessa. È ciò che per l'appunto accade nel caso dell'art. 33, 2° comma, c. cons.

La diversa opinione che si basi sull'osservazione di singole ipotesi di presunzioni legali relative che operano su fatti eccentrici rispetto a quelli costitutivi della fattispecie normativa non acquista di per sé un rilievo sistematico in assenza di limiti alla discrezionalità del legislatore di introdurre presunzioni legali relative di diverso genere, quale appunto l'art. 33, 3° comma, c. cons.

Lo stesso ragionamento può essere esteso all'obiezione che si fonda sulla constatazione che nel caso della lista del 2° comma dell'art. 33 c. cons. la vessatorietà non sarebbe l'approdo a cui si giunge in caso di mancata fornitura della prova contraria, essendo già qualificabile come abusiva la clausola che ripeta il contenuto di una delle ipotesi ivi elencate. In tal caso si attribuisce alle regole in materia di presunzione legale relativa una caratteristica che non è essenziale alla fattispecie in esame.

Bari, 2009, 233 e segg.; Comoglio, *Le prove civili*, cit., 322 e seg.; Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, II ed., Padova, 2010, 832 e seg. Tuttavia, nel caso delle presunzioni giurisprudenziali, la razionalizzazione dell'esperienza concreta in cui anch'essi consistono avviene *preter legem*, in assenza di una norma che assegni al Giudice il potere di alterare il riparto degli oneri probatori sancito

dall'art. 2697 c.c. (dove le critiche da più parti mosse a questa pratica giurisprudenziale, sulle quali per tutti Patti, *Prove. Disposizioni generali*, cit., 111).

¹⁴ Patti, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove (a proposito di Trib. Roma, 21.1.2000)*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2000, 515; Sirena, *Presunzione di vessatorietà*, cit., 208.

Inoltre, la mera rispondenza di una clausola contrattuale al contenuto di una delle ipotesi tipizzate dal citato 2° comma non conduce automaticamente a qualificare come abusiva tale clausola. Se così fosse, la prova contraria dovrebbe avere ad oggetto la contestazione della riconduzione della clausola “incriminata” alla c.d. “lista grigia”, ed invece essa svolge la diversa funzione di smentire la qualificazione legale di abusività, essendo assoggettata alle regole ordinarie in materia di onere probatorio il fatto della corrispondenza tra il contenuto della clausola contrattuale e le tipizzazioni dell’art. 33, 2° comma, c. cons.

Tassatività dell’elenco di clausole tipiche previste all’art. 33, 2° comma, c. cons.

La qualificazione della formula normativa del 2° comma dell’art. 33 c. cons. quale presunzione legale relativa risolve in senso affermativo il quesito sulla tassatività delle ipotesi previste nelle lettere del medesimo comma.

Il confronto tra il 1° e il 2° comma dell’art. 33 c. cons. rivela un’opzione legislativa in merito al giudizio di abusività a due livelli.

Il 1° comma consegna all’interprete una clausola generale, una definizione dei connotati giuridici di ogni clausola abusiva, che è centrata sulla valutazione di un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi *ex contractu* in danno al consumatore, che va di volta in volta valutata secondo gli ordinari canoni ermeneutici e di valutazione giudiziale.

Il 2° comma definisce un percorso alternativo, basato – come già si ha avuto modo di evidenziare – sull’*id quod plerumque accidit* e quindi su una previa valutazione esperienziale del legislatore che, tramite il meccanismo presuntivo, altera il criterio ordinario di giudizio del 1° comma negli specifici casi enumerati al secondo.

La visione sinottica dei due commi indica l’intenzione del legislatore del Codice del Consumo di affidare il meccanismo presuntivo ai soli casi previsti dal 2° comma dell’art. 33. Per il caso in cui il consumatore allegghi l’abusività di clausole contrattuali non rispondenti ad alcune delle ipotesi enumerate al 2° comma, il giudizio va espresso dall’interprete in base ad una valutazione degli elementi di prova del significativo squilibrio forniti dal consumatore.

Se diversamente si considerasse non tassativo l’elenco delle clausole del 2° comma dell’art. 33, la presunzione di abusività perderebbe di senso, degradando ad una mera esemplificazione di casi in cui sembra probabile che la verifica di abusività conduca ad un esito positivo. Così inteso, il 2° comma dell’art. 33 c.

cons. perderebbe ogni contenuto normativo e affiderebbe sempre il giudizio di abusività all’applicazione della clausola generale del 1° comma. Questa posizione interpretativa, che non trova riscontro in dottrina o giurisprudenza, tradirebbe la scelta del legislatore italiano¹⁵ di associare alla lista che concretizza le clausole ritenute abusive una tutela rafforzata del consumatore, consistente proprio nella dispensa dall’onere probatorio in ordine al carattere abusivo della clausola.

L’abusività della previsione di una penale per il recesso del (solo) consumatore

Nella sentenza in commento la Suprema Corte sostiene che la previsione contrattuale di una penale a carico del consumatore per l’ipotesi dell’esercizio del diritto di recesso sia abusiva e che lo sia a maggior ragione quando non sia prevista analoga penale per l’esercizio del recesso del professionista e questi possa recedere anche senza giustificato motivo, come appunto era previsto nel contratto *de quo*. Il giudizio di abusività viene qui sostenuto affermando che “una simile clausola riserva implicitamente al professionista – che, in applicazione dei principi generali in materia contrattuale, risponde solo nel caso di recesso colpevole – un trattamento differenziato e migliore” e concludendo per l’assoggettabilità di questa previsione contrattuale all’ipotesi prevista dalla lett. g del 2° comma dell’art. 33¹⁶.

Questa linea di ragionamento non è condivisibile alla luce di quanto sinora rilevato in merito alla presunzione di abusività. Dapprima la Corte valuta direttamente l’abusività della previsione contrattuale stimandone un concreto impatto di sfavore per il consumatore, per poi risolversi ad invocare un’ipotesi di presunzione (quella appunto della lett. g) che invece per definizione richiede di occuparsi solo della prova contraria. Delle due l’una, dunque: o la Corte ritiene applicabile il meccanismo presuntivo, e allora deve limitarsi a considerare l’eventuale allegazione di una prova (efficace) contraria; oppure valuta direttamente l’impatto della clausola sull’equilibrio di diritti e obblighi delle parti ai sensi del 1° comma dell’art. 33, senza però invocare un’ipotesi del 2° comma che presume il diverso percorso della presunzione.

Ma anche a voler considerare che la Corte non abbia inteso discostarsi dal meccanismo presuntivo e si sia soffermata a valutare lo squilibrio generato dalla clausola contrattuale solo come argomentazione ultronea, quasi a rafforzare il *decisum* sulla sua abusività, la scelta ermeneutica della Cassazione non convince.

L’ipotesi prevista dalla lett. g fa riferimento a due ipotesi distinte¹⁷. Esse si riferiscono ai casi in cui ven-

¹⁵ Diversa la scelta del legislatore francese in sede di prima implementazione della Dir. 93/13/CEE nell’ordinamento interno, che non dispensa il consumatore dall’onere della prova del carattere abusivo della clausola. Ne dà atto Castronovo, *Profili della disciplina*, cit., 9. Per un’analisi comparatistica approfondita delle trasposizioni nazionali della Direttiva cfr. Smorto, *Clausole abusive e diritti dei consumatori. Raffronti comparatistici*, Padova, 2001.

¹⁶ Già in precedenza la Corte di cassazione aveva ritenuto sussistere le condizioni per l’applicazione della presunzione *ex art. 33, 2° comma, lett. g* (allora art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 7, c.c.) in un analogo caso con motivazione di identico tenore testuale (Cass., 17 marzo 2010, n. 6841 in *Giust. Civ. Mass.*, 2010).

¹⁷ Sulla lettera in esame cfr. Graziuso, *Art. 33 (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore)*, in AA.VV.,

gano predisposte clausole di scioglimento unilaterale del contratto o sia previsto un esercizio dal lato professionale accoppiato ad un diritto di ritenzione in danno del consumatore¹⁸.

A mente di questa lettera, la cui ampia portata è stata correttamente evidenziata in dottrina¹⁹, è certamente abusiva una clausola contrattuale che attribuisca al solo professionista il diritto di porre fine al rapporto negoziale (qualunque sia la denominazione scelta dal predisponente: recesso, revoca, risoluzione, disdetta, esclusione, ecc.) o renda in concreto impossibile, anche solo temporaneamente, il suo esercizio dal lato del consumatore nonostante la formale attribuzione di analogo potere anche a favore di quest'ultimo²⁰.

Invece la previsione contrattuale che attribuisce il recesso ad entrambe le parti ed associ solo al recesso del consumatore il pagamento di una penale non è di per sé riconducibile a questa ipotesi. La previsione di una penale non elide infatti la bilateralità del diritto di recesso né la esclude in linea di fatto, bensì la rende onerosa per il consumatore. È vero che alla bilateralità della previsione del recesso non corrisponde una reciprocità delle condizioni di esercizio, ma l'ambito di applicazione della lett. g non sembra potersi estendere anche a questo genere di situazioni.

Un'interpretazione estensiva²¹ tale da ritenere che ogni previsione di bilateralità imperfetta del diritto di recesso tra professionista e consumatore equivalga ad un denegato diritto, non appare sostenibile *tout court*. Vale a dire che la predisposizione di condizioni più sfavorevoli di esercizio del recesso da parte del consumatore non consentono di ritenere soddisfatte le condizioni di applicazione di questa specifica fattispe-

cie presuntiva se non in presenza di ulteriori e specifici elementi di fatto in base ai quali si possa constatare che l'asimmetria in danno del consumatore nel caso concreto si risolve in una sostanziale annullamento del potere di recesso.

Quanto poi alla previsione della seconda parte della lett. g, essa si riferisce ad un'ipotesi (recesso del professionista con ingiustificata ritenzione di una porzione di corrispettivo pagato dal consumatore) del tutto eccentrica rispetto al contenuto della pattuizione esaminata dalla Corte²².

Escluso che il perimetro oggettivo di applicazione della presunzione di abusività descritta dalla lett. g intercetti la clausola contrattuale censurata dalla Corte, va parimenti esclusa una sua applicazione per via di interpretazione analogica. L'analogia non può essere qui ammessa non solo e non tanto per la già evidenziata sensibile eterogeneità delle previsioni tipizzate alla lett. g rispetto a quella esaminata dalla Cassazione, quanto soprattutto in ragione del carattere eccezionale della presunzione legale rispetto all'ordinaria valutazione diretta dell'abusività della clausola²³. In effetti l'applicazione analogica costituirebbe di senso il meccanismo presuntivo, innescando una sorta di presunzione *omnibus* di abusività che non ha ragion d'essere.

L'incongruenza dell'invocazione della presunzione di abusività ai sensi della citata lett. g, lasciava comunque aperta la possibilità per la Corte di valutare l'abusività ai sensi del canone generale del significativo squilibrio di diritti ed obblighi del 1° comma dell'art. 33 (e in base ai criteri applicativi dell'art. 34) c. cons.²⁴. Peraltro, questa diversa opzione ermeneutica poteva essere selezionata dalla Cassazione a prescindere

Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Milano, 2006, 370; Cubeddu, *Art. 1469-bis: clausole vessatorie nel contratto*, in Alpa-Patti (a cura di), *Il Codice Civile Commentario Schlesinger-Busnelli, Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, 379 e segg.; Amato, *Art. 1469-bis, comma 3°, nn. 7 e 8*, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Leggi Civ. Comm.*, 1997, 902 e segg.; Di Sabato, *Art. 1469-bis, 3° comma, nn. 7 e 8*, in Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1998, 243 e segg.

¹⁸ La lett. g riproduce la lett. f dell'allegato alla Dir. 93/13/CEE in una forma più adatta alla sua "traduzione" in termini di recesso in senso tecnico

¹⁹ Cfr. per tutti Cubeddu, *Art. 1469-bis: clausole vessatorie nel contratto*, cit., 391.

²⁰ In tal senso questa previsione si discosta da quella apparentemente analoga contenuta all'art. 1341, 2° comma, c.c. che prescrive l'inefficacia della clausola contrattuale che preveda il recesso a carico del predisponente, anche a prescindere dalla "condizione di reciprocità" di analoga attribuzione in capo all'aderente. Cfr. Cecere, *Art. 1469-bis*, cit., 74.

²¹ La formulazione delle ipotesi delle c.d. "lista grigia" sono talora molto elastiche nella loro enunciazione verbale, sì che un'interpretazione estensiva è tecnicamente possibile, anche alla luce della precisazione all'esordio del 2° comma in base al quale la riconduzione della clausola concreta alle ipotesi normative va operata sia per oggetto che per effetto, sì che una clausola contrattuale che pure non rispecchi nella sua formulazione testuale il contenuto esatto delle ipotesi di abusività presunta può essere

ugualmente fattavi rientrare se in concreto essa conduca ad effetti giuridici corrispondenti a quelli di una delle fattispecie della lista.

²² Le pronunce giurisprudenziali che danno applicazione alla lett. g dell'art. 33, 2° comma, c. cons. non sono complessivamente numerose. Oltre alla sentenza in commento e a quella citata alla nota 16 precedente cfr. Trib. Genova, Sez. II, 14 febbraio 2012, *Giur. Merito*, 2013, 2, 278 con nota di Belli; Tribunale Como, 24 maggio 2004, in *De Jure*; Trib. Napoli, 14 giugno 2003 in *Giur. Napoletana*, 2004, 99; Trib. Roma, 28 ottobre 2000 in *Contratti*, 2001, 441, con nota di Scarpello.

²³ Sull'inammissibilità dell'interpretazione analogica con riferimento alle clausole vessatorie di cui all'art. 1341 c.c. cfr. Trib. Parma, 2 maggio 2016, n. 618, in *De Jure*; Tribunale Bari, 13 ottobre 2015, n. 4348, in *De Jure*; Cassazione civile, 04 giugno 2013, n. 14038, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Tribunale Reggio Emilia, 19 dicembre 2013, n. 1983, in *De Jure*; Cassazione civile, 18 dicembre 1999, n. 14302, in *Giust. civ. Mass.*, 1999.

²⁴ Apre a questa alternativa Cubeddu, *op. cit.*, 400-401 a cui si rinvia anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali. Si segnala, nella giurisprudenza di merito, Tribunale Napoli, 14 giugno 2003, cit., ove si legge che "La clausola del contratto di assicurazione che al verificarsi di un sinistro denunciato, consenta ad entrambe le parti di poter liberamente recedere, ancorché non ricada nell'ambito di applicazione di cui all'art. 1469 bis comma 3 n. 7, attesa la reciprocità del diritto di recesso, è da ritenersi comunque vessatoria in quanto essendo volta a favorire sostanzialmente il solo interesse dell'assicuratore, è idonea a porre in essere un significativo squilibrio a danno del consumatore".

dere dal fatto che il *thema decidendum* riguardava la verifica della corretta applicazione al caso di specie della lett. g dell'art. 33, 2° comma, c. cons. da parte del Giudice di secondo grado; e ciò dal momento che la nullità della clausola contrattuale abusiva è questione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado di giudizio²⁵.

Sembrano ragionevole ipotizzare che l'equilibrio negoziale nella specie non fosse garantito dal momento che, nonostante la bilateralità del recesso, il concreto esercizio dello stesso da parte del consumatore è più gravoso per via della previsione solo a suo carico dell'onerosità del suo esercizio. Era dunque riconoscibile un significativo squilibrio di diritti ed obblighi delle parti, ma doveva essere argomentata a tale proposito la violazione della clausola generale del 1° comma dell'art. 33 c. cons., con conseguente verifica diretta dell'abusività della clausola da parte del Giudice, anziché forzare l'applicazione della lett. g del 2° comma.

In conclusione, dunque, la pur condivisibile qualificazione della clausola contrattuale oggetto di giudizio come abusiva, giunge al termine di un percorso

motivazionale non lineare. La presunzione legale relativa del 2° comma dell'art. 33 c. cons. non ammette un'interpretazione estensiva delle diverse ipotesi ivi elencate tale da snaturarne la portata applicativa, e ancor meno consente una loro interpretazione analogica. La giustificazione sull'abusività della clausola *de qua* andava ricondotta ad un suo apprezzamento alla luce della clausola generale dell'art. 33, 1° comma, e sulla base dei criteri applicativi dell'art. 34 c. cons. fondata sulla valutazione degli elementi di prova forniti in tal senso dal consumatore. È ben vero che l'elenco delle clausole della c.d. "lista grigia" svolgono funzione ordinante nella concretizzazione della clausola generale, nel senso che la loro formulazione e i casi da esso contemplati aiutano l'interprete nella valutazione caso per caso del significativo squilibrio di diritti ed obblighi²⁶, ma deve essere rispettata l'alterità dei congegni normativi previsti al 1° e 2° comma dell'art. 33 c. cons. per accertare la nullità di clausole abusive nei contratti di consumo, i quali hanno ambiti di applicazione (generale il primo, speciale il secondo) che non possono essere sovrapposti.

■ **Nozione di consumatore**

Cassazione civile, Sez. VI, 14 marzo 2017, n. 6634 (ordinanza) – Pres. Amendola – Est. Armano – P.G. De Augustinis (diff.) – G.R. (avv. Pasquarella) – P.G. (avv. D'Angelo). *Cassa Trib. Benevento, 28 dicembre 2015.*

Consumatore (Tutela del) – Persona fisica – Qualità di consumatore – Attività professionale autonoma – Esclusione

La qualità di consumatore del soggetto persona fisica è esclusa solo se egli svolge un'attività professionale autonoma indirizzata al mercato o agisce per uno scopo ad essa connesso, nel qual caso acquisisce la qualificazione di professionista. (Massima non ufficiale)

Consumatore (Tutela del) – Lavoro dipendente – Recupero crediti di lavoro – Qualità di professionista – Esclusione

L'attività di lavoro dipendente (pubblico o privato) non è qualificabile come "attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale" idonea ad attribuire alla persona fisica che la esercita la qualità di professionista. Pertanto, l'attività spiegata per recuperare un credito da lavoro dipendente non costituisce esercizio di un'attività professionale o finalizzata a uno scopo connesso e non esclude la qualità di consumatore. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Fatti di causa. Con sentenza n. 2821/15, pubblicata il 28-12-15, il Tribunale di Benevento ha dichiarato la propria incompetenza per territorio, essendo competente il tribunale di Nola, a conoscere della domanda proposta da R.G. nei confronti dell'avv. G.P. di risarcimento del danno subito a seguito dell'inesatto adempimento dell'attività professionale da parte del convenuto.

Il Tribunale di Benevento ha ritenuto non applicabile alla fattispecie il foro del consumatore, invocato dalla R., sul rilievo che costei non rivestiva la qualità di consumatore, ma quella del professionista esercente attività imprenditoriale o professionale.

Propone regolamento di competenza R.G. denunciando l'erronea decisione del Tribunale che non aveva considerato che ella agiva per recuperare un credito nei confronti della ditta fallita (*Omissis*), di cui era stata dipendente dal 1994 al 2000.

Pertanto operava nella fattispecie il foro del consumatore e la competenza spettava al Tribunale di Benevento, avendo ella la residenza in (*Omissis*).

Resisteva l'avv. G.P. chiedendo la conferma della competenza del Tribunale di Nola.

Il procuratore generale ha chiesto la dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

Ragioni della decisione. Dalla sentenza impugnata risulta che la ricorrente R. si era rivolta all'avvocato G. per insinuare nel fallimento della ditta (*Omissis*), di cui ella era stata dipendente, crediti di lavoro.

Il Tribunale ha ritenuto che la circostanza che la R. vantasse crediti di lavoro costituiva prova che ella aveva fatto valere in giudizio, con il patrocinio dell'avv. G., una situa-

²⁵ Art. 36, 3° comma, c. cons.

²⁶ Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr./Europa*, 1996, 443 e

segg.; Barba (a cura di), *Codice del Consumo e norme collegate*, IV ed., Milano, 2015, 296 e segg.

zione subiettiva “si come correlata a un credito di lavoro o ad esso strettamente ancillare, dunque nel flagrante esercizio di una attività imprenditoriale o professionale o per uno scopo a questo connesso”.

Questa Corte ritiene che, contrariamente a quanto affermato dal tribunale, la circostanza che la ricorrente fosse *ex* dipendente della ditta fallita nei cui confronti vantava crediti da lavoro giustifica l'applicazione alla presente fattispecie del foro del consumatore.

Questa Corte ha già affermato (Cass. ordinanza 12685/2011) che l'attività lavorativa quando si tratta di lavoro subordinato, non è qualificabile come “attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale”.

Solo se il soggetto persona fisica agisce per uno scopo relativo ad una di queste quattro “attività”, è esclusa la qualità di consumatore, subentrando invece la qualità di professionista. Ritiene questa Corte che il rapporto di lavoro subordinato non integri “attività professionale”, idonea (ai sensi del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 3) a far ritenere sussistente la qualità di professionista e, per converso, escludere quella di consumatore. Infatti anzitutto la disciplina relativa alla tutela del consumatore individua nel professionista un soggetto che opera direttamente sul mercato per un'attività imprenditoriale artigianale, commerciale o professionale.

Nel rapporto di lavoro subordinato, invece, il lavoratore non svolge sul mercato la propria attività economica, ma effettua la sua prestazione lavorativa esclusivamente con l'inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa del datore di lavoro (Cass. civ., Sez. lavoro, 14 settembre 2009, n. 19770), e solo l'attività di quest'ultimo è un'attività imprenditoriale, commerciale o artigianale o professionale. In definitiva con il sintagma “attività professionale”, di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 3, come modificato dal D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, ai fini della qualificazione del soggetto – persona fisica – come professionista, deve intendersi solo l'attività consistente nella prestazione autonoma d'opera professionale intellettuale (oltre all'attività imprenditoriale, commerciale ed artigianale, espressamente previste dalla norma), con esclusione quindi dell'attività di lavoro dipendente, sia pubblico che privato. Nella fattispecie, poiché si versa in ipotesi di un contratto d'opera professionale intellettuale tra l'avvocato ed il consumatore, trova applicazione il foro esclusivo di quest'ultimo, a norma del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. u). Quindi va affermata la competenza territoriale del Tribunale di Benevento. – *Omissis*.

Consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore

Lucia Delogu*

Con l'ordinanza Cass. civ. 14 marzo 2017, n. 6634 la Cassazione coglie l'occasione per ribadire in poche righe alcuni principi già precedentemente espressi e precisare: sia il corretto contenuto dell'espressione “attività professionale” di cui al codice del consumo, art. 3, lett. a) e c), che è tale in quanto sia autonoma e indirizzata al mercato; sia l'estraneità da tale attività della figura del lavoratore subordinato e conseguentemente dalla qualificazione di professionista.

I precedenti

Sul tema del foro competente nelle cause vertenti sul contratto d'opera tra l'avvocato e il cliente/consumatore, la giurisprudenza ha preso in considerazione, in diverse occasioni, la figura del lavoratore subordinato.

Le fattispecie vagliate dai giudici nel corso degli anni possono essere ricondotte a due principali situazioni. Il nucleo centrale di entrambe vede un lavoratore dipendente tenere una condotta che si discosta dalla tipica area del consumo, cui sono stabilmente ricondotti gli atti volti alla soddisfazione di “esigenze della vita quotidiana” di carattere personale, familiare, domestico o della “vita comune di relazione”¹. Quindi, come accade nel caso oggetto dell'ordinanza in epigrafe, una

parte delle cause sottopone all'attenzione della Corte Suprema una situazione processuale strettamente connessa alla posizione lavorativa dell'attore, inquadrata in un rapporto, oramai divenuto conflittuale, con un avvocato difensore che aveva precedentemente assunto la tutela dei suoi interessi². In altre ipotesi, assai più numerose, la qualità di lavoratore dipendente si affianca al compimento di un atto del tutto estraneo a tale posizione: in questi casi l'oggetto delle pronunce è una singola relazione negoziale, che è volta all'acquisizione di beni materiali o di prestazioni intellettuali da un terzo “professionista” e le cui funzioni sono compatibili con la prospettiva dell'avvio futuro di una diversa e nuova attività di carattere autonomo³.

Il problema è, in entrambi i casi, se atti con tali

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Sui connotati dei cosiddetti atti di consumo, v. per tutti Barenghi, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, 15 e segg.; Kirsch, sub art. 3, 1° comma, lett. a, in *Codice del consumo (Commentario)*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, 46 e segg.; Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, 33 e segg. Per la giurisprudenza, che presenta un numero assai elevato di pronunce dal contenuto omogeneo, fra le tante cfr. Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giur. It.*, 2002, 543, annotata da Fiorio, *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*,

e più recente Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *Il civilista*, 2010, 10, 15.

² Su questa specifica questione risulta il solo precedente, richiamato dalla pronuncia, di Cass. (ord.), 9 giugno 2011, n. 12685, in *Il civilista*, 2011, 7-8, 12, e in numerosi siti web.

³ Cass., 14 aprile 2000, n. 4843 (in *Foro It.*, 2000, I, 3196, annotata da Granieri, *Brevi note sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza*); Cass., 18 settembre 2006, n. 20175, in *Foro It.*, 2007, I, 1119; Cass., 4 novembre 2013, n. 24731, in *Dir. e Giust.*, 2013.

contenuti siano compatibili – ovvero presentino caratteri inconciliabili – con la categoria dei contratti del consumatore.

La posizione del consumatore

Come è noto, la riconduzione di un soggetto a tale figura è fondata dalla legge sulla nitida qualità soggettiva dell'essere una persona fisica e sul requisito oggettivo, negativo e ambiguo, dell'agire per scopi che "non sono" riconducibili a un'attività professionale; pienamente soddisfatto il primo, nella vicenda in commento è risolutivo il secondo criterio.

La Cassazione sottolinea la centralità del primo elemento quando, con l'affermazione riportata nella prima massima, asserisce che il soggetto persona fisica, categoria cui evidentemente si deve ricondurre la figura del lavoratore dipendente, possiede di per sé la qualifica di consumatore: questa è esclusa solo quando, e se, egli agisce per uno scopo relativo a un'attività professionale autonoma. Questa condizione eccezionale sollecita la verifica del secondo elemento: la qualificazione di consumatore non è un dato stabile, non conforma ai propri caratteri i singoli comportamenti del lavoratore subordinato ed è complementare a quella del professionista⁴; egli può perderla, ove nella concreta situazione presa in esame, gli si possa imputare un atto che abbia un contenuto congruente con lo svolgimento di una delle quattro attività (imprenditoriale, artigianale, commerciale o professionale) elencate dalla lett. a) dell'art. 3 c. cons.

Questa situazione, secondo il parere dei giudici di primo grado, si sarebbe verificata nel caso in esame: nel descritto contratto d'opera tra avvocato e cliente, l'attrice non potrebbe essere qualificata consumatore, giacché la correlazione della sua iniziativa processuale a un credito da lavoro implicherebbe l'esercizio di un'attività professionale o volta a uno scopo ad essa connesso; ella dovrebbe pertanto essere assimilata alla figura del "professionista" e non potrebbe avvalersi del foro speciale esclusivo previsto dal 2° comma, lett.

u), dell'art. 33 c. cons. La Cassazione respinge questa ricostruzione con argomenti consolidati, che pongono al centro della decisione l'enunciazione dei connotati che rendono "professionale" un'attività lavorativa.

Peraltro, per quanto i contenuti generali della disciplina di protezione non vengano evocati dall'ordinanza, è opportuno sottolineare che la sua applicazione non esige la sola collocazione del lavoratore dipendente nella categoria dei consumatori, pur essendo questo il filtro principale; ma vuole che, di volta in volta, sia accertato che egli intrattiene un rapporto giuridico con un "professionista", soggetto antitetico la cui qualificazione è essenziale per affermare la sussistenza della fattispecie dei contratti del consumatore. Questo specifico aspetto è stato sollevato in diversi casi affini a quello in esame, quando è stato contestato che la figura dell'avvocato potesse essere ricondotta a quella dell'operatore professionale.

Lo snodo decisivo sta, dunque, nel chiarire cosa la singola persona fisica "non debba fare" per godere delle norme di protezione. Questo sfuggente elemento, che accompagna la figura del consumatore già nella Convenzione di Bruxelles del 1968⁵, da decenni vede susseguirsi le liti e non cessa di sollecitare la pronuncia delle più diverse istanze giudiziarie sulla sua portata applicativa; anche su cause che hanno coinvolto il rapporto tra avvocato e clienti⁶.

L'attività del "professionista", l'avvocato e il lavoratore dipendente

L'ordinanza in commento sottolinea che la posizione del professionista fa perno sulla sua autonomia e che la sua attività si rivolge liberamente a tutti i soggetti che possono esserne interessati; invece le prestazioni del lavoratore subordinato, sia privato sia pubblico, quali che siano le condizioni nelle quali si esplicano, non si rivolgono al mercato ma rispondono alle direttive del datore di lavoro e si integrano come un essenziale fattore costitutivo nella sua attività imprenditoriale, artigianale, commerciale o professionale⁷.

⁴ Alpa, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, 2, 205.

⁵ L'art. 13 di questa Convenzione denomina consumatore la persona che conclude un contratto "per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale"; questa frase figura anche nell'art. 6 del Reg. (CE) n. 593/2008, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I").

⁶ Invece, l'interpretazione del requisito "persona fisica", con la negazione della speciale tutela agli enti *no profit* e a soggetti come le cooperative di consumo e le associazioni ricreative o sportive (oggi stabilizzata), ha indotto un'imponente massa di interventi di giudici e giuristi specialmente primo periodo di sviluppo della disciplina di tutela del consumo e a ridosso dell'entrata in vigore della direttiva 93/13.

Cfr. Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, che ha ritenuto non irragionevole la scelta del legislatore di limitare la tutela, in *Foro It.*, 2003, I, 332, con nota di Palmieri, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, e Plaia, *Nozione di consumatore*,

dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità. In proposito v. anche Corte UE, sent. 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, in *Foro It.*, 2001, IV, 501; i giudici europei affermano l'inapplicabilità della disciplina di protezione a una società commerciale con riferimento alla stipula un contratto volto ad acquisire macchine distributrici di bevande per istituire un servizio a beneficio esclusivo dei propri dipendenti.

La massima estensione della tutela sul piano soggettivo è realizzata dalla Cassazione con l'ord. 24 luglio 2001, n. 10086 – seguita da diverse pronunce conformi – che ha riconosciuto l'applicabilità delle norme sui contratti dei consumatori al condominio, nel caso di un contratto di manutenzione dell'impianto elevatore installato nell'immobile, in *Corr. Giur.*, 2001, 1436, con nota di Conti, *La cassazione chiude le porte al foro esclusivo del consumatore?*; analogamente la giurisprudenza francese, già dieci anni prima: App. Parigi, 5 luglio 1991, in *Rev. contracts, concurr., consom.*, 1992, n. 63.

⁷ Sulla posizione del lavoratore subordinato l'ordinanza in commento richiama Cass, Sez. lav., 14 settembre 2009, n. 19770, in

Di contro, la sentenza di merito era fondata sull'idea errata che, ai fini dell'applicazione delle norme di tutela del codice del consumo, il lavoro faccia capo a un unico *genus* e che, pertanto, l'attività "professionale", anche quella di carattere intellettuale, sia equivalente a quella espletata dal lavoratore dipendente; dal che i giudici avevano tratto la conclusione che tra avvocato e cliente non potesse configurarsi un rapporto assimilabile a quello tra operatore professionale e consumatore⁸.

L'ordinanza in esame richiama una precedente decisione sulla competenza, alla cui base sta una situazione del tutto simile a quella che ne costituisce l'oggetto e ne fa propri interi brani⁹. Quella causa aveva riguardato una lite tra un professore di una scuola pubblica e un avvocato che lo aveva assistito in una causa sull'orario d'insegnamento dinanzi ai giudici amministrativi e che, successivamente, lo aveva convenuto dinanzi al giudice ordinario per avere il compenso delle proprie prestazioni, ottenendo dal Tribunale l'emissione di un decreto ingiuntivo. La soluzione adottata dai giudici era stata motivata, anche in quel caso, dalla qualificazione dei due contendenti come professionista e come consumatore, in ragione degli interessi – strettamente inerenti all'attività lavorativa del cliente – che avevano motivato il conferimento del mandato al difensore e che erano i medesimi sottesi alla lite sul suo compenso.

Ai fini della riconduzione delle relazioni tra avvoca-

to e cliente ai contratti del consumatore un ausilio importante viene dalla Dir. 93/13/CEE, alle cui norme e finalità i giudici degli Stati membri sono vincolati, in ragione del principio generale secondo il quale la disciplina nazionale introdotta per attuare una direttiva europea deve essere interpretata alla luce del suo contenuto¹⁰. Nel caso di specie rileva particolarmente il *considerandum* n. 10 della direttiva, che disegna ampiamente l'ambito di applicazione della disciplina sulle clausole abusive¹¹. Vi si legge che tali regole devono applicarsi a qualsiasi contratto stipulato fra un professionista ed un consumatore; quindi il testo immediatamente precisa: "sono segnatamente esclusi dalla presente direttiva i contratti di lavoro, i contratti relativi ai diritti di successione, i contratti relativi allo statuto familiare, i contratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società"¹². Queste indicazioni confermano che la disciplina delle clausole abusive di fonte europea non interessa le sole attività commerciali e deve applicarsi a qualsiasi contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, come definiti dalla direttiva all'art. 2, lett. b) e c)¹³.

Il codice del consumo non osta a tali risultati, ma nelle aule di giustizia ancora di frequente viene sollevata la questione della qualificazione delle prestazioni d'opera libero/professionale, pur se la sua inclusione nella definizione data sembra stabilmente acquisita da dottrina e giurisprudenza¹⁴.

La posizione dell'avvocato è connotata dall'esercizio

Mass. Giur. Lav., 2010, 248, annotata da Grillo, *Sul secondo licenziamento*.

⁸ Una tale interpretazione è stata sostenuta anche da chi ritiene che il codice del consumo escluda in modo categorico che il predetto rapporto sia di tale natura, poiché le sue norme circoscriverebbero la prestazione di servizi allo svolgimento di un'attività commerciale. Così *Il foglio del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze*, 30 giugno 2011, che espone criticamente la citata ordinanza Cass. n. 12685/2011.

⁹ Si tratta della medesima ordinanza citata alla nota che precede, che affronta il tema della qualificazione del lavoro subordinato ai i punti 9.2 e 10.1.

¹⁰ La Corte di giustizia ha più volte affermato che, quando è chiamato ad applicare disposizioni di diritto nazionale relative a un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, siano esse precedenti o successive alla Dir. 93/13/CEE, "il giudice nazionale deve interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della stessa; in particolare, l'obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola vessatoria": Corte giust. UE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, al punto 32, in *Giur. It.*, 2001, 9, annotata da Torresi, *Problematiche consuméristiche all'esame del giudice comunitario e del giudice nazionale*. Cfr. anche Corte giust. CE, 12 ottobre 1993, causa C-37/92, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1994, 701.

¹¹ I *consideranda* non contengono enunciati di carattere normativo, ma motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolo. Tuttavia la Corte di giustizia ha chiarito che, poiché non hanno valore giuridico vincolante, "non possono essere validamente fatti valere né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi né al fine di interpretare tali disposizioni in un senso manifestamente in contrasto con la loro formulazione". Nel caso che qui interessa, questa ipotesi non si verifica e, pertanto, il

considerandum n. 10 può validamente costituire una guida per l'interpretazione dell'atto comunitario. Per il principio richiamato cfr. Corte giust. UE, 25 febbraio 2010, causa C-562/08, al punto 40; Corte giust. UE, 2 aprile 2009, causa C-134/08, al punto 16; Corte giust. UE 24 novembre 2005, causa C-136/04, al punto 32, tutte pubblicate nella *Raccolta* del relativo anno e sul sito <http://curia.europa.eu/>.

Sull'efficacia dei *consideranda* cfr. anche il punto 10 della *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, in <http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/IT-guida-pratica-alla-redazione-di-testi-legislativi.pdf>.

¹² Questo *considerandum* è trascurato dall'ordinanza in commento, ma viene richiamato da diverse altre pronunce che ne consolidano il contenuto: innanzitutto da Corte giust. UE, 15 gennaio 2015, causa C-537/13, al punto 20, in *Giur. It.*, 2015, 7, 1636, con nota di Pollastro, *Clausole abusive nei contratti con i consumatori (avvocato e cliente nella normativa a tutela del consumo)*; Corte giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, al punto 29, in *Foro It.*, 2014, IV, 3. Cfr. inoltre Cass. n. 12685/2011, cit., al punto 10.1; Cass. (ord.), 24 gennaio 2014, n. 1464, al punto 3, in *Dir. e Giust.*, 2014, e in *Altalex*, 29/05/2014.

¹³ Cfr. il punto 5.1 di Cass. n. 12685/2011, cit., e ancora il punto 3 di Cass. n. 1464/2014, cit. Cfr. anche F. Astone, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di "consumatore" e "professionista"*, in *Il Codice civile – Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 189; G. Cian, *Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Juris*, 1996, 413.

¹⁴ Così un Autore, che esclude la possibilità di dubbi sulla qualificazione dell'avvocato come "professionista": Dalmotto, *Pagamento del compenso degli avvocati. La residenza del consumatore e la competenza per le liti*, commento a Cass., 30 marzo 2015, n.

continuativo e non occasionale di un'attività diretta alla prestazione autonoma d'opera intellettuale e, in quanto tale, ai fini del codice del consumo presenta caratteri omogenei a quella imprenditoriale, commerciale e artigianale. Peraltro, come gli altri liberi professionisti, l'avvocato predispone e impiega il contratto come ordinario strumento della propria attività e, a fronte di un compenso, si obbliga a prestare assistenza legale finalizzata al raggiungimento degli obiettivi del cliente/persona fisica estranei alla sua eventuale professione¹⁵; inoltre, non vi è dubbio che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il livello di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse¹⁶. D'altro canto, né la loro connotazione come contratti *intuitu personae*, né il fatto che, nelle relazioni esterne con i terzi, questi rapporti non siano di contrapposizione ma di collaborazione, possono condurre a una soluzione differente: tali argomenti sono stati presi in esame e respinti dalla Cassazione¹⁷.

Nella medesima direzione si è pronunciata la Corte di giustizia quando ha negato che i contenuti della Dir. 93/13 CEE siano incompatibili con la "missione specifica" e gli "obblighi deontologici" cui è sottoposta la libera professione di avvocato¹⁸. Infatti, questa direttiva si applica non già in ragione del tipo negoziale, ma con riferimento alla qualità dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale¹⁹; ed è da escludere laddove la prestazione del difensore sia resa a tutela dell'attività d'impresa di un cliente²⁰.

Naturalmente, sono estranei al suo ambito anche i

rapporti tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti, ma non lo sono le posizioni in diverso modo connesse a un'attività di lavoro subordinato, come quelle qui in esame, o, per esempio, quella del lavoratore che si iscrive a un corso di specializzazione volto ad arricchire le proprie competenze, di cui fra poco si dirà.

Lavoro dipendente e attività professionale futura

Secondo il disposto dell'art. 3, lett. a) c. cons., se un lavoratore dipendente svolge, contemporaneamente alle prestazioni "subordinate", anche un'ulteriore attività del tutto slegata da queste e che sia qualificabile come "professionale", nei rapporti giuridici nei quali essa si esplica e/o che siano ad essa connessi non gli deve essere riconosciuta la tutela del consumatore. A queste situazioni è stata ricondotta da diverse pronunce anche la stipulazione di un contratto ai fini dello svolgimento di un'attività professionale non già in atto, ma prevista per il futuro, sulla base dell'assunto che "il carattere futuro di un'attività nulla toglie alla sua natura professionale"²¹.

Questa direzione, come si è accennato, è stata tracciata dalla Corte di giustizia con riferimento alla nozione di consumatore rilevante ai fini della competenza giurisdizionale e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ma è stata subito vastamente seguita anche per l'interpretazione generale delle norme di tutela del consumo e fatta propria dalle Sezioni unite della Cassazione²². Questa la motivazione: il soggetto che ha stipulato un contratto per l'esercizio di un'attività professionale futura non può essere considerato consumatore, qualifica che è ritenuta propria solo di chi conclude un contratto al fine di soddisfare esi-

6333, in *Giur. It.*, 2015, 12, 2634. Analogamente si esprimono numerose pronunce della Cassazione, mentre non ne risulta alcuna che esprima un differente orientamento: v. Cass., 19 gennaio 2016, n. 780, in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>; Cass., 12 gennaio 2015, n. 181, in *Dir. e Giust.*, 2015; Cass., 12 marzo 2014, n. 5703, in *Arch. Loc.*, 4, 435; Cass. n. 1464/ 2014, cit.

¹⁵ Corte giust. UE, 15 gennaio 2015, causa C-537/13, ai punti 23-28, cit.; Corte giust. UE, 3 settembre 2015, causa C-110/14, al punto 24, entrambe in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, 382, annotata da Intravaia, *Il restyling della nozione di consumatore*. Analogamente Cass. n. 1464/ 2014, cit.

¹⁶ Sottolinea con forza questo aspetto Corte giust. UE, 15 gennaio 2015, causa C-537/13, cit., ai punti 22 e 23, pronunciandosi in relazione a una controversia in merito ad una richiesta di pagamento di onorari da parte di un avvocato, per l'assistenza legale prestata in relazione a contratti standard di servizi di assistenza legale, stipulati con una persona fisica che non perseguiva fini riconducibili al quadro della sua attività professionale.

¹⁷ V. i provvedimenti cit. *supra*.

¹⁸ Così Corte giust. UE, 15 gennaio 2015, causa C-537/13, cit., punti 23-29.

¹⁹ Corte giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, cit., punti 29 e 30.

²⁰ Cfr. Cass. (ord.), 19 gennaio 2016, n. 780, cit., che esclude la riconduzione alle norme di tutela del consumatore del rapporto tra un avvocato, che aveva agito per ottenere il pagamento delle proprie prestazioni professionali e un cliente/persona fisica che era stato assistito in una causa contro le pretese tributarie che gli

erano state rivolte quale socio, amministratore unico di società di capitali e coobbligato della stessa. La pronuncia nega che in un tal caso il cliente abbia agito per scopi estranei all'attività imprenditoriale e professionale svolta.

²¹ Corte giust. CE, 3 luglio 1997. causa C-269/95, in specie ai parr. 17-19, in *Nuova Giur. Comm.*, 1998, I, 344, annotata da Rinaldi, *Non è qualificabile come "consumatore" chi acquista beni per l'esercizio futuro di una attività di impresa*, e in *Resp. Civ.*, 1998, 57, annotata da Bastianon, *Consumatore ed imprenditore (...futura) nel diritto comunitario: luci ed ombre di due nozioni dai confini incerti*. Nel caso di specie la questione affrontata dalla sentenza investiva l'interpretazione degli artt. 13 e 14 della Convenzione di Bruxelles, del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ai fini della determinazione del foro competente su un contratto di *franchising* stipulato da un soggetto non per un'attività in atto ma ai fini del futuro avvio (mai realizzato in concreto (di una propria attività commerciale autonoma. La Corte delibera che "al fine di stabilire lo status di consumatore di una persona (...), occorre riferirsi al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona (...) un solo e medesimo soggetto può essere considerato un consumatore nell'ambito di determinate operazioni ed un operatore economico nell'ambito di altre".

²² Si veda il richiamo di questa pronuncia effettuato da Cass., Sez. un., 20 marzo 2008, n. 7444, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Process.*, 2009, 113.

genze “di consumo privato” e può giovare delle disposizioni di maggiore tutela in quanto ritenuta parte economicamente debole. La giurisprudenza europea richiama la necessità di valutare la sussistenza, o l'insussistenza, della qualità di consumatore a prescindere dalla situazione soggettiva della persona per basarsi, invece, sul solo ruolo nel contratto e sulla stima della natura e della funzione di quest'ultimo.

In un tale quadro la Cassazione, evocando il carattere vincolante della giurisprudenza della Corte di giustizia, ha dichiarato ininfluente che, nel momento in cui conclude un contratto con la prospettiva di avviare un'attività d'impresa, la persona non eserciti un'attività professionale a cui ricondurre il suo agire, ma sia in cerca di prima occupazione, o lavoratore dipendente, o pensionato. In sintesi, la Cassazione così ribadisce il proprio pensiero: “ciò che rileva, ai fini dell'assunzione della veste di “consumatore” non è il “non possesso”, da parte della “persona fisica” che ha contrattato con un “operatore commerciale”, della qualifica di “imprenditore commerciale”, ma (...) lo scopo avuto di mira dall'agente, nel momento in cui ha concluso il contratto”²³.

Va tuttavia precisato che, pur affatto solido fino a qualche anno fa, col passare del tempo quest'orientamento è stato modulato in una più equilibrata valutazione dell'oggettiva situazione della persona coinvolta, probabilmente anche in ragione della riflessione, avviata in diverse sedi europee sulla criticità della nozione di consumatore dinanzi agli atti con duplice scopo²⁴.

Così, con riferimento a un lavoratore dipendente, una pronuncia degli ultimi anni della Cassazione ha preso le distanze dalla meccanica riconduzione di un contratto a una materia definibile di interesse professionale, da cui si voleva automaticamente dedurre la qualificazione del soggetto contraente come “professionista”²⁵. Nel caso di specie il soggetto, membro dell'albo degli ingegneri, si era iscritto a un master/corso

di formazione professionale e a detta della controparte, non avrebbe dovuto essere qualificato come “consumatore” poiché, considerato il suo *curriculum*, “probabilmente” agiva nell'ipotetica prospettiva di avviare un'attività libero professionale oppure di ottenere un avanzamento di carriera all'interno della società presso la quale prestava servizio come dipendente.

Indubbiamente egli aveva acquistato un servizio funzionale alla propria formazione professionale e all'acquisizione di competenze specialistiche ma, se è pur vero che una tale finalità è compatibile con l'avvio di una futura attività autonoma, un tale elemento è decisivo solo in quanto rappresenti lo scopo al quale è oggettivamente diretto il contratto. L'ordinanza avverte contro il pericolo di “torsioni interpretative” contrarie alla lettera e allo spirito della legge e così afferma: “la prospettiva di intraprendere una futura attività – cui sia funzionale la stipula del contratto di fornitura di beni e di servizi – deve emergere dalle oggettive circostanze del contratto ed essere concreta e attuale, non rilevando ipotetiche intenzioni o vaghe aspettative, non definite quanto a tempi e possibilità di realizzazione”.

Peraltro, l'iscrizione a un master è pienamente compatibile con lo svolgimento del lavoro dipendente nel quale il soggetto era impegnato nel momento della stipulazione del contratto con la società erogatrice del corso. Quest'ultima circostanza, che la controparte richiama come elemento – alternativo e/o aggiuntivo – indicatore di finalità soggettive incompatibili con la qualificazione di consumatore, costituisce il dato risolutivo che chiude la vicenda. L'ordinanza osserva infatti nella sua parte finale come l'ipotesi che l'ingegnere abbia mirato all'acquisizione di competenze specialistiche per il miglioramento della propria posizione lavorativa, conferma la sua alterità dalla posizione di “professionista”, cui non può assimilarsi il lavoro dipendente.

²³ Cass., 14 aprile 2000, n. 4843 (in *Foro it.*, 2000, I, 3196, annotata da Granieri, *Brevi note sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza*) esamina la posizione di un soggetto che aveva acquistato degli apparecchi elettronici (video giochi) con la prospettiva di concederli a titolari di esercizi pubblici per dividere il ricavato derivante dalla loro utilizzazione da parte del pubblico, in sostanza per concludere con costoro un contratto di società e quindi per impiegare i beni quale operatore commerciale. Similmente, Cass. (ord.), 4 novembre 2013, n. 24731, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, riconduce alla figura del professionista anche il soggetto che conclude un contratto di prestazione di opera professionale con un consulente al fine di ottenere, avvalendosi della sua opera, un finanziamento pubblico per intraprendere l'attività di commercio all'ingrosso di prodotti alimentari regionali tipici.

Un tale orientamento è diverse volte confermato dalla Corte Suprema, anche con riferimento alla disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali: v. ad es. il caso di un soggetto che, in vista di intraprendere un'attività imprenditoriale, aveva acquistato gli strumenti indispensabili per la rigenerazione di cartucce di inchiostro per stampanti, come gli apparecchi necessari e una quantità consistente di inchiostri: Cass., 10 agosto 2004, n. 15475, in *Nuovo Dir.*, 2005, 392. Analogamente Cass., 18 settembre 2006, n. 20175, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 954; Cass., 14 luglio 2011, n. 15531, in *Giust. Civ.*, 2011, 12, I, 2816; Cass.

(ord.), 15 maggio 2013, n. 11773, in *Guida Dir.*, 2013, 30, 100.

²⁴ In particolare, è stato sottolineato come non sia automaticamente trasponibile nell'ambito del diritto del consumo la restrittiva nozione di consumatore elaborata dalla Corte con il fine di assicurare il corretto operare delle norme sulla competenza giurisdizionale, che risponde a esigenze relativamente autonome dal contesto generale, ove un ruolo prioritario deve essere riconosciuto alle direttive sui contratti dei consumatori. In proposito cfr. le *Conclusioni dell'Avvocato Generale*, presentate il 23 aprile 2015, causa C-110-/14, punti 35-47, in *www.curia.europa.it*. Analoghe indicazioni possono leggersi nel *Documento di lavoro sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis [...]*, Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori, Relatrice del parere Diana Wallis, 17 maggio 2006, che aveva proposto la seguente definizione di “consumatore”: “qualsiasi persona fisica che agisca principalmente a fini che non rientrano nella sua attività ...”, 6. Anche il parere del 16 luglio 2009 del CESE in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori (oggi dir. 2011/83/UE, del 25 ottobre 2011), aveva suggerito l'estensione del concetto di consumatore alle persone fisiche che operano con finalità miste.

²⁵ Cass. (ord.), 5 maggio 2015, n. 8904, in *Neldiritto.it*, 2015, 1296.

Contratto di locazione

Tribunale di Torino, 16 marzo 2017 – Giud. Peila – Alfa s.a.s. – Beta Ditta Individuale

Locazione – Contratto – Inadempimento – Inadempimento di non scarsa importanza – Risoluzione del contratto

Il ritardo colpevole del conduttore nel pagamento delle tre mensilità dei canoni di locazione può essere valutato alla stregua della “scarsa importanza”, avuto riguardo “all’interesse dell’altra parte”, sia perché il locatore non ha neppure dedotto il pregiudizio concretamente subito, sia e soprattutto perché non vi è prova che tale comportamento abbia influito sull’interesse economico dei contraenti in modo tale da far venir meno il sinallagma contrattuale. (Massima non ufficiale)

Omissis – Motivi della decisione

Il presente giudizio trae origine dall’ordinanza di mutamento di rito nel giudizio di convalida dell’intimato sfratto per morosità del conduttore attesa la sanatoria della morosità in data successiva alla notifica.

Le domande sono procedibili avendo parte ricorrente adempiuto all’obbligo di instaurare la procedura di mediazione ex art. 5 comma primo bis del d. lgs. n. 28 del 2010.

Prima di esaminare il merito, si precisa quanto segue.

L’allegazione della difesa dell’intimato secondo cui “già al momento della notifica dell’intimazione di sfratto per morosità il debito maturato era inferiore a quello contestato” non è stata provata in causa; la difesa del locatore ha prodotto un prospetto riepilogativo dei versamenti avvenuti (doc. 11) il cui contenuto non è stato contestato dalla controparte, con la conseguenza che deve ritenersi provato in giudizio che il pagamento dell’intera morosità intimata è avvenuto in data successiva alla notifica dell’intimazione di sfratto per morosità.

Parimenti non contestata è la circostanza secondo cui allo stato non sussiste alcuna morosità per i canoni di locazione; vi è inadempimento soltanto per gli oneri accessori, il cui importo non è stato quantificato dalla difesa del locatore, se non l’indicazione “inferiore ai due canoni di locazione”. Il contratto di locazione stipulato tra le parti in data 1 maggio 2008 e registrato il 2 maggio 2008 ha ad oggetto un immobile con destinazione commerciale (doc. 1).

Da ciò consegue l’inapplicabilità al caso di specie del disposto di cui all’art. 55 della legge n. 392 del 1978 (Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2006, n. 12121; Id., Sez. Unite, 28 aprile 1999, n. 272) e la necessità di valutare l’inadempimento alla luce del criterio sancito in via generale dall’art. 1455 c.c., ossia la non “scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra” parte.

In tema di risoluzione del contratto di locazione di immobili urbani ad uso diverso da quello abitativo la Corte di Cassazione ha ribadito, anche recentemente, che “benché il criterio legale di predeterminazione della gravità dell’inadempimento, ex art. 5 della l. n. 392 del 1978 non trovi diretta applicazione, cionondimeno esso può essere tenuto in considerazione quale parametro di orientamento per valutare in concreto, ai sensi art. 1455 c.c., se l’inadempimento del conduttore sia stato o meno di scarsa importanza, anche alla stregua del comportamento del medesimo man-

tenuto successivamente alla proposizione della domanda” (Cass. civ., Sez. III, 20 gennaio 2017, n. 1428).

In particolare si è affermato che “ai fini della risoluzione per morosità, il giudice deve valutare la gravità dell’inadempimento anche alla stregua del comportamento del conduttore successivo alla proposizione della domanda in quanto l’avvenuto pagamento della somma richiesta dal locatore, nelle more del giudizio, non può non incidere sulla valutazione prognostica del suo futuro comportamento così da escludere, in termini di rilevante probabilità, il possibile verificarsi di ulteriori inadempimenti” (Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20551, nonché Cass. civ., Sez. III, 17 marzo 2006, n. 5902) ed “il principio, sancito dall’art. 1455 c.c. va adeguato anche ad un criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale”, con la conseguenza che “la gravità dell’inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all’entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell’altra parte all’esatta tempestiva prestazione” (Cass. civ., Sez. III, 28 giugno 2010, n. 15363, nella quale si è dichiarata la risoluzione del contratto “valutando non solo l’aspetto economico del dedotto inadempimento, ma anche il comportamento complessivo del predetto in relazione all’interesse concreto del locatore al puntuale pagamento dei canoni, e ritenendo che tale comportamento avesse inciso in modo decisivo sull’economia complessiva del rapporto, tanto da determinare uno squilibrio nel sinallagma funzionale).

Del resto, si è da tempo ritenuto che “il pagamento in corso di causa dei canoni di locazione scaduti non esclude la valutazione da parte del giudice del merito della gravità dell’inadempimento del conduttore dedotto con l’intimazione di sfratto, specie quando l’inadempimento sia stato preceduto da altri prolungati, reiterati e ravvicinati ritardi nel pagamento del canone medesimo” (Cass. civ., Sez. III, 1 agosto 2002, n. 11429; Id., Sez. III, 10 agosto 1999, n. 8550), e la stessa Corte di Cassazione nella decisione n. 5902 del 2006 sopra citata ha ricordato che mentre “alcune decisioni hanno ritenuto la gravità dell’inadempimento “in re ipsa” tutte le volte in cui l’inadempimento incide su una delle obbligazioni primarie scaturenti dal contratto”, in altre pronunce si è sottolineata “la necessità di accertare, in ogni caso, la gravità in concreto dell’inadempimento, cioè l’idoneità dello stesso a ledere in modo rilevante l’interesse contrattuale del locatore, a sconvolgere l’intera economia del rapporto ed a determinare un notevole ostacolo alla prosecuzione del medesimo”.

Questo giudice ritiene di aderire a tale ultimo filone giurisprudenziale e di dover applicare il principio di diritto secondo cui “la purgazione della mora, successiva alla domanda di risoluzione insita nell’intimazione di sfratto, non è ostativa, ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 1453 c.c., all’accertamento della gravità del pregresso inadempimento nell’ambito del giudizio ordinario che a tal fine prosegue dopo il pagamento dei canoni scaduti da parte dell’intimato” in quanto “l’art. 1453, comma terzo, c.c. non introduce per il convenuto un divieto assoluto di adempimento dopo la proposizione della domanda di risoluzione, ma si limita a sancire l’inefficacia di un adempimento tardivo a sanare o a diminuire le conseguenze del pregresso inadempimento

posto a base della domanda, sull'implicito presupposto che questo sia sussistente e che, quindi, il creditore non abbia più interesse all'adempimento. (Cass. civ., Sez. III, 11 ottobre 2002, n. 14527).

In tale decisione si evidenzia che la ratio del disposto di cui all'art. 1453, commi secondo e terzo, c.c. come delineata nella Relazione al codice civile (n. 661) secondo cui "scegliendo la risoluzione il contraente dichiara di non avere più interesse al contratto e il debitore non deve ulteriormente mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione", non si attaglia ai contratti di durata, quantomeno in tutti i casi nei quali il contraente che abbia domandato la risoluzione non è posto in condizione di sospendere a sua volta l'adempimento della propria obbligazione. Qui non è neppure ipotizzabile il venir meno del suo interesse all'adempimento da parte del contraente inadempiente. Tanto accade appunto nella locazione, dove il conduttore continua nel godimento della cosa locata consegnatagli dal locatore (che non può impedirlo), pur continuando a non adempiere le proprie obbligazioni, in contrasto con preciso disposto dell'art. 1591 c.c., che gli impone il pagamento del corrispettivo convenuto (e l'adempimento delle ulteriori obbligazioni che gli fanno carico) fino alla riconsegna" (Cass. civ., Sez. III, 11 ottobre 2002, n. 14527, nonché Cass. civ., Sez. III, 14 maggio 1983, n. 3328, nella quale si è sancito che "la promulgazione della mora, successiva alla domanda di risoluzione insita nella intimazione di sfratto, non è ostativa, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1453 c.c., all'accertamento della gravità del pregresso inadempimento nell'ambito del giudizio ordinario che a tal fine prosegue dopo il pagamento dei canoni scaduti da parte dell'intimato").

L'applicazione dei principi di diritto sopra esposti comporta il rigetto della domanda di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore.

Nella fattispecie, infatti, il contratto era stato stipulato nell'anno 2008 per il canone convenuto di € 2.500,00 per il primo anno e di € 2.700,00 dal secondo anno, poi ridotto ad € 2.300,00 dal gennaio 2016 (doc. 1 e 2 parte ricorrente); sulla base dell'allegazione della difesa del ricorrente il ritardo nei pagamenti si sarebbe manifestato "a far tempo dal mese di dicembre 2015" (pag. 2 atto di intimazione di sfratto per morosità), ossia dopo oltre sette anni di regolare esecuzione del contratto.

Come ben evidenziato dalla difesa del conduttore, il ritardo (e non omesso) pagamento delle tre mensilità, se valutato nell'arco complessivo del rapporto di locazione, ossia dal 2008 al 2015, corrisponde ad una percentuale addirittura inferiore al 4% dei canoni incassati.

La difesa di parte ricorrente ha contestato tale criterio, proponendo in alternativa la valutazione in sé della morosità alla data dell'intimazione dello sfratto: tale proposta non è accoglibile perché la valutazione della morosità deve necessariamente essere parametrata all'intera durata del rapporto contrattuale al fine di comprenderne e valutarne la gravità.

Non solo.

La difesa del locatore ha dichiarato la risoluzione del contratto limitandosi a sostenere la tesi dell'inefficacia della purgazione della mora attesa la natura non abitativa del contratto, ma non ha né allegato né tantomeno provato quale concreto pregiudizio avrebbe subito la società a causa del ritardo nel pagamento delle tre mensilità e di una parte residua di una quarta.

A far data da agosto 2016 il pagamento dei canoni di locazione è ripreso con regolarità (o almeno la difesa del locatore non ha provato il contrario), e questo deve essere valutato ai fini di escludere, in termini di rilevante probabilità, il possibile verificarsi di ulteriori ritardi nei pagamenti.

La questione del mancato rimborso delle bollette non può essere esaminata in assenza di domanda di condanna al pagamento neppure ai limitati fini della valutazione della gravità dell'inadempimento alla luce delle difese svolte dal conduttore circa l'indebita richiesta della quota "addebito deposito cauzionale" (pari ad € 720,00 nella fattura del 1 agosto 2016 di complessivi € 799,4) perché pare verosimile che la richiesta di spostare il contatore sia stata effettuata per soddisfare le esigenze del locatore (circostanza peraltro non contestata dalla controparte).

Le considerazioni sopra esposte inducono a ritenere che il ritardo colpevole del conduttore possa essere valutato alla stregua della "scarsa importanza", avuto riguardo "all'interesse dell'atra parte", sia perché il locatore non ha neppure dedotto il pregiudizio concretamente subito, sia e soprattutto perché non vi è prova che tale controparte abbia influito sull'interesse economico dei contraenti in modo tale da far venir meno il sinallagma contrattuale.

Per questi motivi si rigetta la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento.

Per quanto attiene alla domanda proposta in via di subordine di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto ex art. 1456 c.c., si precisa quanto segue.

La manifestazione della volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 12 del contratto di locazione è stata espressa per la prima volta dalla difesa del locatore nella domanda di mediazione e poi è stata proposta nella memoria integrativa depositata in data 14 dicembre 2016.

La difesa del conduttore ha fin da subito dichiarato di non accettare il contraddittorio su tale domanda eccependone l'inammissibilità.

Si richiama il principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione secondo cui "una volta proposta l'ordinaria domanda ex art. 1453 c.c., con l'intimazione di sfratto per morosità, non è possibile mutarla in richiesta di accertamento dell'avvenuta risoluzione "ope legis" di cui all'art. 1456 c.c., atteso che quest'ultima è radicalmente diversa dalla prima, sia quanto al "petitum", perché, invocando la risoluzione ai sensi dell'articolo 1453 c.c. si chiede una sentenza costitutiva mentre la domanda di cui all'articolo 1456 c.c. ne postula una dichiarativa, sia relativamente alla "causa petendi", perché nella ordinaria domanda di risoluzione, ai sensi dell'articolo 1453 c.c., il fatto costitutivo è l'inadempimento grave e colpevole, nell'altra, viceversa, la violazione della clausola risolutiva espressa" (Cass. civ., Sez. III, 14 novembre 2006, n. 24207; Cass. civ., Sez. III, 9 giugno 2015, n. 11864; Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2016, n. 10691).

Del resto, da tempo la Corte di Cassazione ha affermato che sei in primo grado era stata proposta la domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c., "la domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1456 c.c. formulata nella fase di appello deve considerarsi nuova, e pertanto preclusa a norma dell'art. 345 c.p.c." (Cass. civ., Sez. III, 5 gennaio 2005, n. 167).

La giurisprudenza richiamata dalla difesa del locatore in sede di udienza di discussione non è pertinente perché

attiene alla differente questione del momento in cui si cristallizzano le posizioni delle parti in caso di mutamento del rito ex art. 667 c.p.c. (Cass. civ., Sez. III, 16 dicembre 2014, n. 26356), ma non esamina il profilo della possibilità di proporre domande nuove.

Per questo motivo si dichiara l'inammissibilità della domanda di risoluzione del contratto a norma dell'art. 12 (clausola risolutiva espressa).

Attesa la decisione di cui sopra, non si può esaminare l'eccezione sollevata dalla difesa del conduttore in sede di discussione di nullità per indeterminatezza della clausola n. 12 del contratto di locazione (che si riporta integralmente: "l'inadempienza da parte del conduttore ad uno dei patti contenuti in questo contratto produrrà ipso jure la sua risoluzione") (cfr., sul punto, Cass. civ., Sez. VI-I, 11 marzo 2016, n. 4796).

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liqui-

date come in dispositivo tenuto conto del grado di difficoltà della causa, degli incumbenti svolti e di ogni altro elemento di determinazione di cui al d.m. n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Giudice istruttore in funzione di giudice unico, definitivamente pronunciando, visti gli artt. 447 bis e 429 c.p.c.

– rigetta la domanda di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento ex artt. 1453 e 1455 c.c.:

– dichiara inammissibile la domanda di risoluzione del contratto di locazione ex art. 1456 c.c.

– dichiara altresì tenuta e condanna parte ricorrente al pagamento a favore di parte convenuta delle spese processuali che liquida in € 3.635,00 per competenze professionali (di cui € 400,00 per fase di convalida, € 875,00 per fase di studio, € 740,00 per fase introduttiva ed € 1.620,00 per fase decisionale), oltre accessori di legge. – *Omissis*.

Locazione e (risoluzione per) inadempimento di non scarsa importanza

Stefano Cherti*

La sentenza del Tribunale di Torino 16 marzo 2017 analizza gli elementi strutturali (*petitum* e *causa petendi*) in un giudizio di risoluzione per inadempimento di un contratto di locazione ad uso non abitativo. Si concentra, in particolare, sul concetto di squilibrio tra le prestazioni, e conseguente possibilità di ricorrere allo strumento risolutivo, andando ad individuare indici numerici ben precisi (numero di canoni non corrisposti) perché si possa dar luogo allo scioglimento del vincolo tra le parti.

Sul *petitum* e la *causa petendi* nella risoluzione di un contratto di locazione

La sentenza in commento si fa apprezzare per il principio di diritto che afferma in tema di importanza dell'inadempimento (gli articoli su cui si sofferma sono in sostanza il 1453 e il 1455 c.c.) e perché, nel farlo, conferma alcune recentissime scelte del legislatore nazionale proprio sullo squilibrio tra le prestazioni (e conseguente possibilità di ricorrere allo strumento risolutivo) nei contratti di godimento di beni immobili¹.

La vicenda da cui prende le mosse la decisione non è particolarmente complessa, ma dà testimonianza di uno dei possibili esiti cui ci si può trovare di fronte in una locazione di immobile ad uso commerciale (dunque, non abitativo); in particolare il contratto tra le parti in causa era stato stipulato nel 2008 e, per il primo anno, prevedeva un canone di locazione di 2.500,00 €, che poi sarebbe stato aumentato a 2.700,00 €. Come emerge dalle difese del ricorrente il ritardo nei pagamenti si è manifestato solo a far data dal dicembre 2015 (e per tre mensilità), dunque dopo sette anni di regolare esecuzione del contratto. Per la parte il mancato pagamento del corrispettivo pattuito legittima la domanda di risoluzione: la difesa svolge due diverse domande, una principale di risoluzione

fondata sugli artt. 1453 e 1455 c.c., e un'altra in via subordinata di risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1456 c.c., posto che nell'art. 12 del contratto di locazione era stata inserita una clausola risolutiva espressa. Quanto a quest'ultima domanda, rigettata dal Tribunale, è bene chiarire che la volontà di avvalersi della clausola risolutiva, pur espressa per la prima volta nella domanda di mediazione, è stata poi riproposta solo all'interno di una memoria integrativa in corso di causa. Sul punto, non si può che sottolineare la diversità strutturale delle due domande di risoluzione dispiagate, posto che quella fondata sull'art. 1456 c.c. è radicalmente diversa dalla domanda di risoluzione per inadempimento, sia quanto al *petitum*, sia quanto alla *causa petendi*. Infatti, se si domanda la risoluzione giudiziale si chiede una sentenza costitutiva, mentre la domanda ex art. 1456 c.c. postula una pronuncia dichiarativa; inoltre, quanto alla *causa petendi*, per la domanda di risoluzione ordinaria il fatto costitutivo (che deve essere provato in giudizio) è l'inadempimento grave e colpevole, mentre il fatto costitutivo della risoluzione di diritto va individuato nella violazione della relativa clausola presente nel contratto (producendo il contratto al cui interno è inserita la clausola il giudice si limita a prendere atto di quanto allegato e dichiara l'intervenuta risoluzione)².

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ V. art. 1, 135°-139° comma, L. 4 agosto 2017, n. 124 *legge annuale per il mercato e la concorrenza*, entrata in vigore il 29 agosto 2017.

² Su questo punto la giurisprudenza è concorde; v. *ex multis*

App. Napoli 6 maggio 2015, in *Quotidiano giur.*, 2015 (con nota di Gabbanelli); Cass., 27 agosto 2013, n. 19602, in *Foro It.*, 2013, 3459; Cass., 11 gennaio 2011, n. 446, in *Imm. e Propr.*, 2011, 18; Cass., 14 novembre 2006, n. 24207, in *Rep. Foro It.*, 2006, voce *Contratti in genere*, n. 590; Cass., 9 giugno 2015, n. 11864, in *Rep. Foro It.*, 2015, voce *Contratti in genere*, n. 446.

In quest'ottica, la dinamica processuale è stata tutta orientata nel valutare la non scarsa importanza dell'inadempimento avuto riguardo all'interesse dell'altra parte³: una valutazione della gravità dell'inadempimento nello specifico contratto di locazione stipulato tra le parti (anche alla luce del comportamento del conduttore successivo alla proposizione della domanda⁴), al fine di aprire o meno allo scioglimento del vincolo, con le conseguenti restituzioni. Un'analisi di questo tipo consente di chiedersi "se e in che modo la fonte contrattuale assorba e trasformi la disciplina generale dell'obbligazione, così come la normativa dei singoli tipi contrattuali assorbe e trasforma la disciplina generale del contratto"⁵. Difatti, nel codice già sono presenti e tipizzate ipotesi specifiche di inadempimento che, una volta verificatesi, legittimano le parti a risolvere il contratto; si tratta, solo per fare qualche esempio, del 2° comma dell'art. 1584 c.c. in materia di durata delle riparazioni nella locazione⁶; dell'art. 1618 c.c. dedicato appunto all'inadempimento dell'affittuario⁷ o, ancora, all'art. 1820 c.c. (mancato pagamento degli interessi nel mutuo). In altre ipotesi ancora, l'inadempimento di obbligazioni accessorie può dar luogo alla risoluzione se ha delle ricadute dirette sull'esecuzione della prestazione principale: è il caso del 2° comma dell'art. 1844 c.c. relativo al venir meno della garanzia nell'apertura di credito bancario; dell'art. 1850 c.c. in tema di anticipazione bancaria; o dell'art. 1877 c.c. sulla risoluzione del contratto di vitalizio oneroso. In tutte queste ipotesi, come pure

nel caso della sentenza in commento, la norma base fatta propria dall'art. 1455 c.c. viene assorbita dalle fattispecie particolari: parte generale e parte speciale si assommano integrandosi tra loro, con la possibilità per l'interprete di veder già individuato il comportamento che legittima l'utilizzo degli strumenti di tutela a favore del contraente fedele (dunque, in tutte queste ipotesi la normativa di parte speciale assorbe quella di parte generale).

Risoluzione e inadempimento di obbligazioni principali o accessorie

Come emerge dalla sentenza in commento, il contratto, soprattutto per quanto riguarda il giudizio sull'importanza dell'inadempimento, deve essere considerato nella sua unitarietà: l'art. 1455 c.c. non distingue tra mancata esecuzione di un'obbligazione principale e mancata esecuzione di un'obbligazione secondaria o accessoria⁸. Il fatto che l'obbligazione inadempita sia principale o accessoria rileva nella misura in cui, vista l'operazione nel suo complesso, si riesca a formulare un giudizio di gravità (o meno) dell'inadempimento⁹. Ben più rilevante sotto questo profilo è la distinzione tra contratti ad esecuzione istantanea ovvero ad esecuzione periodica o continuativa¹⁰. Comunque, pure in questo caso, rileva la determinazione del contenuto effettivo del contratto; come punto di partenza può, al più, presumersi che l'inadempimento di un'obbligazione principale possa dare luogo ad un inadempimento

³ Sul giudizio di risoluzione per inadempimento v. A. Luminoso, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, Art. 1453-1454, Tomo I, 1, Bologna-Roma, 1990, 6; G. Collura, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, 23; V. Ricciuto, *Il recente orientamento della Cassazione sui criteri di valutazione dell'importanza dell'inadempimento*, nota a Cass., 28 giugno 1986, n. 4311, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1987, 457 seg.; G. Visintini, *L'onere probatorio nelle azioni di adempimento e risoluzione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 23 e segg.; M.G. Cubeddu, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 18 e segg. e 179 e segg.; M. Borrione, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004, 82 e seg.; L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 90 e seg.; C. Turco, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, 11 e segg.

⁴ Nel caso di specie, infatti, la parte aveva sanato la morosità relativa ai canoni già prima dell'intimazione dello sfratto per morosità, mancando invece il pagamento degli oneri accessori.

⁵ V. G. Collura, *Importanza dell'inadempimento*, cit., 23.

⁶ Se il conduttore rimane privo "del godimento del bene locato a causa dell'esecuzione in esso di riparazioni da parte del locatore, quest'ultimo non solo è esposto a subire la riduzione del canone o la risoluzione del rapporto, ma è inoltre tenuto a risarcire il danno a titolo di responsabilità contrattuale", v. Cass., 14 agosto 1997, n. 7605, in *Mass. Foro It.*, 1997, 753; a cui *adde* Trib. Patti 29 luglio 2010, in *Corr. merito*, 2010, 1162; Cass., 2 novembre 1992, n. 11856, in *Mass. Foro It.*, 1992, 1025 e seg.; Pret. Brindisi, 24 febbraio 1986, in *Arch. loc.*, 1986, 324.

⁷ Secondo la giurisprudenza costituiscono "gravi inadempimenti a carico di diversi affittuari, con la conseguente risoluzione dei contratti ed il risarcimento dei danni, la esecuzione in maniera

irrazionale e senza l'osservanza di una buona tecnica agraria delle coltivazioni fruttifere-arboree, la costruzione di manufatti senza autorizzazione o licenza da parte delle competenti autorità, lo sbancamento di terreno attuato con la formazione di un burrone a strapiombo", v. Trib. Napoli 15 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1991, 715; v. negli stessi termini Cass., 8 maggio 1993, n. 5321, in *Mass. Foro It.*, 1993, 525 e seg.; Cass., 27 novembre 1984, n. 6146, in *Rep. Giur. It.*, 1984, voce *Contratti agrari*, n. 76.

⁸ Per la giurisprudenza anche un inadempimento parziale può giustificare la risoluzione del contratto ogniqualvolta il giudice di merito ritenga, con una valutazione incensurabile in sede di legittimità, la parziale esecuzione inadeguata in relazione all'economia del contratto e all'interesse dell'altro contraente, v. Trib. Ancona 15 gennaio 2000, in *Riv. Giur. Edil.*, 2000, I, 354; Cass., 6 luglio 1971, n. 2104, in *Giur. It.*, 1973, I, 1, 282. V. anche Cass., 27 luglio 1973, n. 2210, in *Foro It.*, 1974, I, 1769 e segg.; Trib. Cassino 11 aprile 1975, in *Giur. Merito*, 1977, 1117.

⁹ Secondo una parte della dottrina la regola contenuta nell'art. 1455 c.c. non può essere letta facendo riferimento a queste due categorie; certamente non si ha un'ipotesi di adempimento importante laddove tutte le obbligazioni (principali e accessorie) sono state adempiute seppur con inesattezze non rilevanti, come pure nel caso in cui ad essere inadempite sono state delle obbligazioni accessorie e pertanto non rilevanti nell'economia del rapporto, v. G. Auletta, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, I, Torino, 1960, 137 e seg. (testo e note); C. Turco, *L'imputabilità e l'importanza*, cit., 125 e seg.; G. Collura, *Importanza dell'inadempimento*, cit., 14 e seg.

¹⁰ V. in particolare L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 90 e seg.; M.G. Cubeddu, *L'importanza*, cit., 26.

mento rilevante, laddove la mancata esecuzione di un'obbligazione accessoria non dovrebbe legittimare la parte a sciogliersi dal vincolo¹¹; tuttavia sarà soltanto il peso complessivo dell'obbligazione rimasta inadempita nell'economia complessiva del singolo contratto a costituire la misura per valutare l'importanza (o meno) dell'inadempimento.

In questo quadro, le osservazioni svolte dal Tribunale nella soluzione della vicenda appaiono rilevanti. La prima, che attiene alla distinzione tra contratti ad esecuzione istantanea e contratti ad esecuzione periodica, porta a svalutare quanto delineato nelle Relazioni al codice civile (v. n. 661), secondo cui optando per la risoluzione la parte "dichiara di non avere più interesse al contratto e il debitore non deve ulteriormente mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione", che non si attaglia ai contratti di godimento di durata, quantomeno nei casi in cui il contraente che ha domandato la risoluzione non è posto nella condizione di sospendere a sua volta l'adempimento della propria prestazione (una volta che il conduttore è stato immesso nel godimento del bene risulta vano ogni tentativo di riprenderne il controllo). In queste ipotesi è difficile immaginare il venir meno dell'interesse all'adempimento in capo al contraente inadempiente: il conduttore continua nel godimento della cosa locata consegnatagli dal locatore (che non ha strumenti per impedirlo), pur continuando (o potendo continuare) a non adempiere le proprie obbligazioni in contrasto con l'art. 1591 c.c.¹², che invece impone il pagamento del corrispettivo convenuto¹³.

Un'ulteriore notazione riguarda la misura dell'inadempimento (la sua quantificazione nell'economia del contratto in essere). Nel caso *de quo* il ritardo nei pagamenti si è manifestato "a far tempo dal mese di dicembre 2015"¹⁴, ossia dopo oltre sette anni di regolare esecuzione del contratto. Ancora, e l'argomento appare decisivo, il mancato pagamento delle tre mensilità (comunque sanato nella fase introduttiva del giudizio), se valutato nell'arco complessivo del rapporto di locazione, ossia dal 2008 al 2015, corrisponde ad una percentuale inferiore al 4% dei canoni (regolarmente) incassati dal locatore.

Di fronte al principio generale fatto proprio dall'art. 1455 c.c. (inadempimento di non scarsa importanza,

avuto riguardo all'interesse dell'altra parte) il caso offre due utili spunti ricostruttivi. Il primo, il detrimento patrimoniale (potenzialmente) sofferto dal locatore è inferiore al 4% rispetto a quanto incamerato nel corso del rapporto: sotto questo profilo (e bene ha fatto il Tribunale) l'inadempimento è sicuramente di scarsa importanza. Inoltre, un secondo profilo attiene alla determinazione temporale. La morosità non può che essere valutata alla luce dell'intero rapporto (dalla data, quindi, di formazione del vincolo) e non, come pure potrebbe astrattamente ipotizzarsi nei contratti di locazione, nei periodi antecedenti l'intimazione dello sfratto; questo *modus operandi* comprimerebbe, con un'evidente forzatura, l'arco di vita di esecuzione del contratto al momento patologico dello stesso.

L'importanza dell'inadempimento in rapporto alla prestazione

Nel sistema codicistico la risoluzione, giudiziale o stragiudiziale, del contratto non costituisce un rimedio straordinario né, tanto meno, una sorta di *ultimum subsidium* nei confronti dell'inadempimento imputabile al debitore. L'art. 1455 c.c., combinandosi insieme alle altre norme che di volta in volta richiamano i diversi meccanismi che portano alla risoluzione¹⁵, si limita a fornire il criterio di riferimento per evitare ricorsi illegittimi al rimedio in parola. Difatti, la risoluzione è abusiva quando da strumento di tutela del contraente insoddisfatto si tramuta in una tecnica di surrettizia rimediazione della convenienza dell'operazione economica già conclusa¹⁶; è ovvio che di fronte alla mancata esecuzione del contratto la parte è portata a riflettere sulle ragioni che l'hanno spinta a concludere quel particolare accordo, ma il rimedio della risoluzione si basa su parametri che, prendendo di mira la vicenda contrattuale nel suo complesso, sono equidistanti dalle ragioni delle parti e si basano su indici che non consentono lo schiacciamento sulle ragioni di uno solo dei contraenti.

La tecnica di tutela che si ricava dagli artt. 1453 e 1455 c.c., che prende il negozio e le vicende che riguardano la sua mancata esecuzione come oggetto da valutare, non consente una personalizzazione del rimedio: la funzione è quella di rimuovere l'assetto di

¹¹ Una tale valutazione meramente empirica non esclude che nel corso del giudizio possa essere messa in discussione tanto l'esistenza dell'inadempimento, quanto la sua rilevanza (in termini di gravità o scarsa importanza).

¹² Il ritardo nella restituzione della cosa importa un prolungamento del godimento di essa da parte del conduttore, e impone necessariamente che, per l'ulteriore periodo di godimento, il locatore riceva un corrispettivo nella misura pattuita nel contratto; il versamento di tale corrispettivo, può, però essere insufficiente, in quanto il ritardo della consegna può arrecare un pregiudizio al locatore come si avrebbe nel caso che questi abbia locato la cosa ad altri, ovvero abbia bisogno di disporre per proprio uso (in questo caso il conduttore è tenuto anche al risarcimento dei danni). L'obbligo di risarcire il maggior danno si riferisce all'eventualità che non sia stato convenuto un determinato corrispettivo per

la ritardata restituzione; se tale corrispettivo è stato convenuto (un tanto al giorno, a settimana, a mese) il locatore non potrebbe invocare il maggior danno subito, posta la preventiva determinazione della somma da liquidare (v. art. 1382 c.c.).

¹³ V. Cass., 16 maggio 2017, n. 12018, in *Imm. e Propr.*, 2017, 463; Trib. Salerno, 2 ottobre 2009; in *Imm. e Propr.*, 2010, 263; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14527, in *Rep. Foro It.*, 2002, voce *Locazione*, n. 251; Cass., 14 maggio 1983, n. 3328, in *Rep. Giur. It.*, 1983, voce *Locazione di cose*, n. 113.

¹⁴ V. pag. 6 e seg. della sentenza in commento.

¹⁵ Il riferimento è agli artt. 1385, 1453, 1454, 1456, 1457 c.c. solo per rimanere alla parte generale del contratto.

¹⁶ In questo modo A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 276 e segg. e 299 e seg.

interessi originariamente concordato, a seguito dell'inattuazione dello scambio contrattuale¹⁷. In questo senso, è proprio nella delimitazione del criterio previsto dall'art. 1455 c.c. che vanno lette quelle affermazioni che nel descrivere quanto contenuto nella norma si richiamano all'intollerabilità della prosecuzione del rapporto¹⁸, alla ragionevole serietà dell'inadempimento¹⁹ e, infine, all'"irrecuperabilità dell'inadempimento"²⁰ stesso. Si tratta, tuttavia, di mere riformulazioni del precetto, che per trovare applicazione necessitano di ulteriori specificazioni; è utile chiarire, adoperando differenti parametri, quando un inadempimento possa essere considerato di non scarsa importanza, piuttosto che descrivere usando termini vicini e assonanti col contenuto della norma. Non va dimenticato che la risoluzione è uno strumento di reazione all'altrui inadempimento, non una sanzione posta a carico del debitore. In questo quadro, un primo parametro è costituito dal valore della parte di prestazione rimasta inadempita rispetto al tutto; è opportuno, di fronte al singolo contratto, un raffronto tra quanto concretamente eseguito e la prestazione attesa, di modo che si potrà valutare se il grado di inesattezza (in queste ipotesi si rinviene, infatti, un'esecuzione parziale della prestazione) è tale da assumere i caratteri della gravità richiesti dall'art. 1455 c.c. Un giudizio che coinvolge l'economia complessiva del rapporto e la natura della prestazione è in grado di portare alla luce la tipologia di inadempimento verificatosi²¹.

Inoltre, l'esame delle possibili vicende riguardanti il contraente inadempiente porta a considerare l'incidenza sulla risoluzione della colpa o del dolo; si tratta, cioè, di verificare gli eventuali effetti del contegno soggettivo della parte inadempiente sui requisiti richiesti dall'art. 1455 c.c.²². Si è nel vero quando si ammette che "a determinare la gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione, per nulla può rilevare il contegno soggettivo dell'inadempiente, l'entità del suo dolo o della sua colpa"²³, anche se l'affermazione necessita di qualche chiarimento specialmente in relazione all'eventuale risarcimento del danno che può seguire lo scioglimento del contratto. Infatti, si potrebbe ritenere che un comportamento doloso o colposo della parte sia di per sé sufficiente a qualificare come importante il conseguente inadempimento²⁴ o,

ancora, il contegno del soggetto può costituire un indice per valutare la mancata esecuzione della prestazione nell'economia complessiva del contratto.

Nell'ipotesi di dolo o colpa grave nella mancata o ritardata esecuzione di una delle prestazioni, si potrebbe legittimare la risoluzione del contratto anche se il conseguente inadempimento è di scarsa importanza. Ciò nonostante, l'importanza dell'inadempimento che è alla base degli artt. 1453 e 1455 c.c. deve essere valutata oggettivamente avendo di mira il contenuto del contratto e le diverse tipologie di interessi coinvolti. Sono le vicende legate alla prestazione che determinano le sorti del contratto e, come ha messo in luce la sentenza in commento, le norme hanno di mira una valutazione quantitativa o qualitativa dell'inadempimento in ragione dell'interesse del creditore desumibile dal programma negoziale. *In primis*, è dal contenuto del contratto oggettivamente considerato che bisogna partire per la formulazione di un giudizio sull'importanza dell'inadempimento.

Il legislatore dal canto suo ha integrato più volte il parametro della non scarsa importanza introducendo *ex lege* indici quantitativi o qualitativi alla cui stregua valutare la mancata attuazione del programma negoziale. Disposizioni *ad hoc* si ritrovano già nella parte speciale del contratto, come pure in numerose leggi speciali che si sono succedute negli anni. In questo quadro, è utile ricordare un recente intervento normativo che in un contratto di godimento ha specificato la misura dell'inadempimento: ai sensi del 137° comma dell'art. 1 della L. 4 agosto 2017, n. 124 costituisce grave inadempimento dell'utilizzatore (e dunque causa legittima di scioglimento del vincolo) il "mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i leasing immobiliari, ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria"²⁵. Nella locazione finanziaria, ovvero nella locazione *tout court*, il mancato pagamento di tre canoni (specialmente se verificatosi una sola volta all'interno della vita del contratto) non può certo integrare il parametro della "non scarsa importanza" e legittimare la parte alla risoluzione del contratto.

¹⁷ Cfr. A. Luminoso, in Luminoso-Carnevali-Costanza, *Della risoluzione*, cit., 14 e seg.; A. Belfiore, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1308 e seg.; C. Turco, *L'imputabilità e l'importanza*, cit., 109 e segg. e 118 e segg.

¹⁸ V. sul punto V. Ricciuto, *Il recente orientamento*, cit., 461 e seg.

¹⁹ Il riferimento è a V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 961 e seg., il quale sottolinea, inoltre, che "la risoluzione è un rimedio pesantissimo, perché distrugge il contratto; sarebbe esagerato applicarlo a casi in cui il malfunzionamento del rapporto è molto leggero".

²⁰ Così R. Alessi, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 81 e 112 e seg.

²¹ Secondo una parte della dottrina, in un contratto per la prestazione di merci l'inadempimento è grave solamente quando riguarda più della metà della prestazione, v. L. Mosco, *La risoluzione*, cit., 67.

²² In particolare v. M.G. Cubeddu, *L'importanza*, cit., 270 e segg.; M. Borrione, *La risoluzione*, cit., 58 e segg. e 70 e segg.

²³ Così R. Scognamiglio, *Contratti in generale*³, in *Trattato di diritto civile* dir. da Grosso e Santoro-Passarelli, IV, Milano, 1972, 272.

²⁴ Si pensi al caso di un contraente che intenzionalmente non esegue la prestazione cui era tenuto per favorire un concorrente della controparte.

²⁵ V. *supra* nota 1.

COMMENTARIO BREVE ALLA DISCIPLINA DELLE LOCAZIONI IMMOBILIARI

di ALESSIO ZACCARIA

In questi anni il diritto delle locazioni immobiliari è stato oggetto di numerose incursioni da parte del legislatore, nel tentativo di disciplinare le nuove figure negoziali, per sottoporre i contratti ad una disciplina fiscale sempre più articolata e bilanciare le aspettative comuni su un bene primario come la casa. In questo nuovo commentario – vasto, completo ed aggiornato - le fonti normative commentate con la giurisprudenza e la dottrina sono così organizzate:

- I. PROFILI DI CARATTERE GENERALE
- II. DISCIPLINA PRIMARIA DI RIFERIMENTO
- III. CODICE CIVILE
- IV. CODICE DI PROCEDURA CIVILE
- V. DISCIPLINA COLLEGATA
- VI. RENT TO BUY
- VII. LOCAZIONE FINANZIARIA
- VIII. DISCIPLINA FISCALE

€ 130

Cod. 00231497



Diritto Processuale Civile

a cura di Sergio Chiarloni

con Chiara Besso, Mauro Bove, Antonio Carratta e Achille Saletti

Testimonianza del difensore

Cassazione civile, Sez. VI-1, 6 dicembre 2017, n. 29301 (ordinanza) – Pres. Campanile – Rel. Sambito – N. R. (avv. Rianna) – G. C. *Conferma App. Salerno, 22 settembre 2014, n. 509.*

Prova in genere (in materia civile) – Prova testimoniale civile – Difensore – Rinuncia al mandato – Incompatibilità – Non sussiste

Non sussiste incompatibilità tra l'ufficio di testimone e la posizione del difensore della parte che abbia rinunciato al mandato prima di deporre. (Massima non ufficiale)

Omissis. – *Fatti di causa* – Con sentenza depositata il 22/9/2014, la Corte d'appello di Salerno ha confermato la decisione con cui il Tribunale di Nocera Inferiore aveva rigettato l'opposizione avverso il decreto con cui era stato ingiunto a N. R. di pagare a G. C. la somma portata da cinque assegni. La Corte territoriale ha evidenziato che il C., pur non risultando prenditore o giratario dei titoli, aveva fornito la prova della promessa di pagamento in suo favore, laddove il R. non aveva provato l'insussistenza del rapporto fondamentale, ritenendo credibile la testimonianza dell'Avv. M. A. ed insussistente la dedotta sua incapacità a deporre, avendo egli, in precedenza, rinunciato al mandato conferitogli dal C., in virtù del quale aveva sottoscritto il ricorso in monitorio. Per la cassazione della sentenza, N. R. ricorre in base a due motivi, con cui deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 246 c.p.c., 1988 e 2697 c.c., 111, co 6, Cost. ed omesso esame di fatto decisivo. G. C. non ha svolto difese.

Ragioni della decisione – (*Omissis*) 2. La denunciata violazione dell'art. 246 c.p.c., nella ritenuta capacità a deporre dell'Avv. A., è insussistente. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'interesse che determina l'incapacità a testimoniare si identifica con il solo interesse giuridico personale, concreto ed attuale, che comporta una legittimazione principale a proporre l'azione, ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio già proposto da altri cointeressati, e non anche con l'interesse di mero fatto che il testimone possa, in concreto, avere a che la causa sia decisa in un certo modo (Cass. n. 21418 del 2015; n. 2075 del 2013). Non è, pertanto, fondata la deduzione dell'incapacità a testimoniare dell'Avvocato riferita alla riscossione della parcella per l'attività professionale svolta, in quanto lo stesso non risulta portatore di un interesse che ne legittimi l'intervento, sia pur soltanto *ad adiuvandum* nel processo (Cass. n. 16151 del 2010; n. 4984 del 2001).

3. Né sussiste incompatibilità tra l'ufficio di testimone e quello del difensore, che, come nella specie, abbia rinunciato al mandato prima di deporre. Secondo la condivisibile giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 16151 del 2010 cit., con richiami a giurisprudenza costituzionale e penale; cfr. da ultimo Cass. penale 28/03/2017, n. 22954) richiamata, anche, in seno alla decisione, non sussiste l'incompatibilità tra l'esercizio delle funzioni di difensore e quelle di teste nell'ambito del medesimo giudizio se non nei termini della contestualità, per cui contemporaneamente il difensore non può anche essere testimone, mentre non vi è base normativa per sostenere che un difensore, che abbia reso testimonianza in un processo, in una fase in cui non svolgeva il suo ruolo di difensore costituito, non possa assumere la veste di difensore successivamente alla testimonianza resa, ovvero, come nella specie, l'esatto contrario, e cioè che un difensore, cessata tale qualità, non possa assumere la qualità di testimone nello stesso processo. Anche in questa sede civile, va ribadito che il problema dei rapporti tra il ruolo del difensore e l'ufficio del testimone trova la sua naturale collocazione tra le regole deontologiche. – *Omissis.*

Sulla compatibilità del difensore (non più tale) con l'ufficio di testimone

Il caso. Un avvocato, dopo aver prestato la propria opera professionale nella fase *inaudita altera parte* del procedimento monitorio, aveva rinunciato al mandato ed era stato ascoltato nella veste di testimone nell'ambito del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo nel frattempo concesso, determinando con la propria deposizione l'accoglimento della pretesa creditoria.

A fronte dello specifico motivo di ricorso proposto sul punto dalla parte ingiunta, la Corte di cassazione ha anzitutto chiarito che, nel caso di specie, non vi fosse incapacità di testimoniare *ex art. 246 c.p.c.* dell'avvocato in ragione del rapporto economico precedentemente intercorso con la parte opposta in quanto, com'è noto, l'interesse che determina detta incapacità si identifica con il solo interesse giuridico personale, concreto ed attuale, che comporta una legittimazione principale a proporre l'azione, ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio proposto da altri controinteressati, e non con l'interesse di

mero fatto che il terzo possa, in concreto, avere a che la causa sia decisa in un certo modo (v., tra le pronunce più recenti, Cass., 24 luglio 2017, n. 18206; Cass., 29 luglio 2016, n. 15927; Cass., 21 ottobre 2015, n. 21418; in dottrina, per tutti, Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 289).

Quanto, poi, all'ulteriore e distinta questione dedotta dal ricorrente a sostegno del proprio motivo di gravame, la Corte ha ribadito che, in base alla normativa processuale, non può affermarsi l'incompatibilità – salva, comunque, la rilevanza della condotta sul piano delle regole deontologiche – tra il ruolo di teste e di difensore in capo al medesimo soggetto, qualora, come nel caso di specie, esse non coesistano e siano dunque esplicate non contestualmente, ossia in fasi o gradi diversi dello stesso processo.

Orientamenti. I delicati rapporti tra gli uffici di testimone e di difensore, indagati invero dalla dottrina processualcivile già nel vigore del codice di rito del 1865 (v., per tutti, Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, Torino, 1927, IV, 31 e segg., il quale ricorda che la questione era stata oggetto di esame anche nell'ambito del diritto romano e del diritto comune, venendo lì per lo più risolta nel senso del divieto per il difensore di testimoniare nel processo; Mortara, *Commentario delle leggi e del codice di procedura civile*, Milano, 1922, III, 658; Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1902, II, 703; Bianchedi, *La testimonianza del difensore civile*, in *Giur. It.*, 1886, IV, 49 e segg.), vengono dunque diversamente regolati a seconda che la testimonianza sia richiesta al difensore nel corso dello svolgimento dell'incarico, ovvero prima o dopo l'assunzione del mandato professionale.

Nella prima ipotesi, secondo l'orientamento ormai prevalente, si deve recisamente escludere che un medesimo soggetto possa svolgere contemporaneamente le funzioni di difensore e di testimone, essendovi un'assoluta impossibilità di conciliare i due ruoli (oltre alla pronuncia annotata, v. Cass., 8 luglio 2010, n. 16151, in *Foro It.*, 2011, I, 2149, con nota di richiami di Reali; in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, 455, con nota di Reali; in *Foro Pad.*, 2011, I, 543, con nota di Vestrucci; in *Giust. civ.*, 2010, I, 2770; in *Guida al Dir.*, 2010, 38, 53, con nota di Piruccio, nonché, nella giurisprudenza di merito, App. Ancona, 2 marzo 2011, n. 204; Trib. Parma, 11 ottobre 2011, n. 1099; Trib. Milano, 13 settembre 2011, n. 4000, tutte reperibili in *DeJure*; per alcune pronunce più risalenti, si vedano inoltre Trib. Roma, 5 dicembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 1747; Trib. Milano, 8 maggio 1996, in *Foro It.*, 1997, I, 955, con nota di Danovi; Trib. Napoli, 15 dicembre 1976, in *Foro It.*, Rep. 1977, voce *Danni civili*, n. 35; App. Genova, 21 gennaio 1948, *ivi*, Rep. 1949, voce *Prova testimoniale*, n. 50; in dottrina, v. Reali, *Il cumulo delle funzioni di difensore e di testimone nel processo civile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, 455 e segg.; Montanari, in *Codice di procedura civile*

commentato, diretto da Consolo, Milano, 2010, 2519; Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile, in L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, a cura di Mariani-Marini-Paganelli, Milano, 2003, 437; Montesano-Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, I, 2, 1315, secondo cui il difensore, "quale rappresentante processuale della parte e fino a che sussista tale qualità, è soggetto agli stessi limiti ai quali è sottoposta la parte"; Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 470 s.; Danovi, *La testimonianza dell'avvocato nel processo*, in *Foro It.*, 1997, I, 955; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, II, 1, 261, cui si deve l'affermazione di tale orientamento, secondo il quale "chiunque partecipa al processo in una posizione tipica, qualunque essa sia, svolge una funzione alla quale deve restare fedele e non può assumerne un'altra senza necessariamente contraddire alla prima").

Ciò premesso, si pone quindi il problema delle conseguenze derivanti dall'eventuale esercizio simultaneo delle due funzioni. A fronte di una tesi secondo cui il giudice potrebbe avvalersi nel caso di specie del potere *ex art.* 245 c.p.c. di eliminare i testimoni che non possono essere escussi (Danovi, *La testimonianza dell'avvocato*, cit., 964), altri hanno affermato che l'incompatibilità funzionale provocata dal cumulo simultaneo dei due ruoli non abbia ripercussioni sullo *jus postulandi* del difensore, ma incida esclusivamente sulla testimonianza, che dovrebbe essere considerata nulla e inefficace (Reali, *Il cumulo delle funzioni*, cit., 474).

Secondo una diversa e più risalente opinione, non sarebbe invece riscontrabile in via generale un'incapacità a testimoniare del difensore costituito in giudizio in quanto, anzitutto, ciò non è espressamente previsto dalla legge e, inoltre, perché l'ambito applicativo dell'art. 246 c.p.c., il quale costituisce l'unico limite soggettivo in materia di prova testimoniale, è inerente all'ipotesi del soggetto avente un interesse giuridico nella causa, non venendo dunque in rilievo rispetto alla figura del procuratore (così Cass., 14 gennaio 1980, n. 324, in *Foro It.*, Rep. 1980, voce *Prova testimoniale*, n. 18; Cass., 25 maggio 1964, n. 1273, *ivi*, Rep. 1964, voce cit., n. 77 *bis*; Cass., 24 febbraio 1964, n. 388, *ibid.*, voce cit., n. 78; Cass., 13 aprile 1951, n. 893, *ivi*, Rep. 1951, voce cit., nn. 82 e 83, secondo cui resta salva la facoltà di svolgere le opportune osservazioni sulla attendibilità del teste, ai sensi dell'art. 252 c.p.c.; nonché Trib. Macerata, 10 dicembre 1990, in *Giur. It.*, 1992, II, 576; Trib. Roma, 16 febbraio 1989, in *Foro It.*, 1989, I, 3216, con nota di Brilli; App. Genova, 21 gennaio 1951, in *Foro Pad.*, 1951, II, 36; App. Genova, 21 gennaio 1948, in *Temi*, 1948, 626; Trib. Firenze, 7 novembre 1947, *ivi*, 1948, I, 148, con nota di Landolfi; in dottrina, conf. Gibiino, *La prova testimoniale nel processo civile*, Milano, 1970, 170; Andrioli, voce "Prova testimoniale (dir. proc. civ.)", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1966, XIV, 329 e segg., secondo cui "nessuna ragione giuridica

si oppone a che il difensore procuratore e, a maggior ragione, assistente, renda testimonianza nel giudizio in cui egli presta le sue funzioni, in quanto non sussistono le ragioni di incompatibilità correnti tra la parte e il teste”; nonché Landolfi, *Sull'incapacità a testimoniare dell'avvocato e del procuratore in causa*, in *Foro pad.*, 1948, I, 150, il quale, richiamando anche la dottrina e la giurisprudenza formatesi nel vigore del precedente codice di procedura civile, afferma che tale soluzione è in linea con la dignità e con la libertà insite nella funzione del difensore, alla cui coscienza è rimesso il giudizio circa l'opportunità, o meno, di rinunciare al mandato, qualora venga indicato come teste da una delle parti).

Sulla scia del risalente orientamento poc'anzi citato, si è posta peraltro anche una più recente pronuncia di merito (Trib. Tempio Pausania, 14 febbraio 2007, in *Il Merito*, 2007, 4, 43), la quale, esaminando una vicenda del tutto peculiare, ha precisato che il difensore che assuma la difesa della ricorrente successivamente all'udienza in cui venga indicato come testimone dalla difesa della resistente, non può essere ritenuto incapace a testimoniare ex art. 246 c.p.c., pena la violazione del diritto, costituzionalmente garantito, di difesa in giudizio, non essendo peraltro neanche necessaria, ai sensi del dettato del codice, la dismissione del mandato ai fini dell'ammissibilità della deposizione.

Per quanto attiene, invece, alla questione relativa alla compatibilità tra l'ufficio di difensore e quello di teste nell'ipotesi in cui la testimonianza venga richiesta prima dell'assunzione del mandato o successivamente alla dismissione dello stesso, si evidenzia che anch'essa è stata oggetto di divergenti soluzioni interpretative dall'entrata in vigore del codice del 1940 ad oggi.

Deve sicuramente considerarsi superata quell'opinione secondo cui vi sarebbe un'assoluta incompatibilità funzionale tra i due uffici, che permarrrebbe anche nel caso di dismissione, nelle more, del mandato ad opera del procuratore (così Trib. Milano, 8 maggio 1996, cit.; in dottrina, v. Satta, *Commentario*, cit., II, 1, 261, il quale, invero, distingue tra la testimonianza vertente su fatti appresi nell'esercizio della funzione di difensore, che sarebbe sempre inammissibile, e deposizione riguardante fatti conosciuti nello svolgimento di attività compiute al di fuori del processo, ritenuta invece ammissibile una volta che il mandato sia venuto meno).

Al contrario, secondo l'orientamento allo stato prevalente, ove il ruolo di difensore non sia stato ancora assunto ovvero sia stato dismesso, la testimonianza sarebbe ammissibile – fatta naturalmente salva ogni diversa valutazione da compiersi, caso per caso, ai sensi dell'art. 246 c.p.c. (Carpi, *La prova testimoniale*, cit., 437) – in ragione dell'assenza di una posizione di assoluta incompatibilità tra i due uffici (così, oltre alla pronuncia annotata, Cass., 8 luglio 2010, n. 16151, cit.; Cass., 14 gennaio 1980, n. 324, cit.; Cass., 13 aprile 1951, n. 893, cit.; nella giurisprudenza di meri-

to, App. Ancona, 2 marzo 2011, n. 204, cit.; Trib. Parma, 11 ottobre 2011, n. 1099, cit.; Trib. Milano, 13 settembre 2011, n. 4000, cit.; in dottrina, v. Montesano-Arieta, *Trattato*, cit., I, 2, 1315; Dittrich, *I limiti soggettivi*, cit., 471; Danovi, *La testimonianza dell'avvocato*, cit., 963; Andrioli, voce *Prova testimoniale*, cit., 335 s.; Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1960, II, 148).

Si è peraltro precisato che la rinuncia al mandato da parte del difensore al fine di deporre come testimone nel medesimo giudizio dovrebbe necessariamente intervenire prima della pronuncia da parte del giudice del provvedimento di ammissione della prova, anche al fine di ovviare al pericolo che l'avvocato possa avere presenziato all'escussione di alcuni testimoni, in contrasto con il disposto normativo dettato dall'art. 251 c.p.c., il quale prevede che essi debbano essere sentiti “separatamente”, anche al fine di preservare la genuinità delle singole deposizioni e rendere esperibile in caso di difformità e contrasto di contenuti un confronto tra i soggetti ascoltati (Trib. Roma, 5 dicembre 2002, cit.).

Per quanto attiene, invece, all'assunzione o alla riasunzione dell'incarico, eventualmente dismesso per rendere la testimonianza, successivamente alla deposizione, la più recente giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che essa non infici la validità della prova precedentemente assunta, ma che tale condotta debba essere eventualmente valutata sotto un profilo deontologico (Cass., 8 luglio 2010, n. 16151, cit.; in dottrina, v. Montesano-Arieta, *Trattato*, cit., I, 2, 1315).

Al contrario, secondo una parte della dottrina, la testimonianza, una volta resa, determinerebbe una netta e perdurante suddivisione di ruoli, in quanto essa, ben potendo essere oggetto di dibattito in tutte le fasi processuali successive, vizierebbe l'attività difensiva, privandola dell'imparzialità e dell'obiettività nella fase di valutazione della deposizione (Carpi, *La prova testimoniale*, cit., 437; Dittrich, *I limiti soggettivi*, cit., 470).

Merita poi brevemente precisare che, quanto all'oggetto della testimonianza – il quale, invero, trova un limite invalicabile nella tutela del segreto professionale, presidiato anche da sanzioni di carattere penale (art. 622 c.p.) e deontologico (art. 6, L. n. 247/2012) – occorre distinguere tra fatti appresi dal difensore nell'esercizio delle sue funzioni e fatti conosciuti anteriormente o indipendentemente dall'incarico.

Con riferimento ai primi, trova applicazione il disposto di cui all'art. 249 c.p.c., che riconosce la facoltà di astenersi dalla testimonianza in virtù del segreto professionale, con la conseguenza che la scelta di deporre oppure no, previa cessazione del mandato, è rimessa alla valutazione di opportunità del difensore. Viceversa, con riferimento ai fatti conosciuti prima della nomina (o appresi indipendentemente dall'ufficio), non ricorrendo il presupposto dell'art. 249 c.p.c., è pacifico che il difensore abbia l'obbligo di testimoniare (cfr. Reali, nota senza titolo a Cass., 8 luglio

2010, n. 16151, in *Foro It.*, 2011, I, 2149; Dittrich, *I limiti soggettivi*, cit., 469 s., il quale, tuttavia, osserva che in tal caso si ripropone il problema della compatibilità tra l'obbligo di testimoniare e il mandato che lega il difensore alla parte).

Confronto col processo penale. Nell'ambito del processo penale la questione del cumulo delle funzioni di testimone e di difensore è stata più volte sottoposta al vaglio della giurisprudenza di legittimità e, invero, è a tale serbatoio che hanno attinto le più recenti pronunce civili, compresa l'ordinanza in commento, al fine di enucleare i principi generali in tema di rapporti tra i due uffici, come è evidente dal richiamo alla medesima nozione di "incompatibilità", assente nel codice di rito civile e mutuata dall'art. 197 c.p.p. (nello stesso senso, v. Reali, *Il cumulo delle funzioni*, cit., 462 e seg.).

Occorre inoltre ricordare che, proprio con riferimento al processo penale, la Corte costituzionale è stata più d'una volta chiamata a valutare la legittimità dell'art. 197, 1° comma, lett. d), c.p.p. nella parte in cui stabilisce che non possono essere assunti come testimoni il giudice e il P.M., ma non prevede alcuna incompatibilità per il difensore.

Secondo la Consulta, la posizione del giudice e del pubblico ministero, che determina un'incapacità a testimoniare per inconciliabilità tra l'ufficio di testimone e la funzione giudiziaria, non è equiparabile alla posizione del difensore. A differenza di quanto avviene per gli altri soggetti, infatti, le funzioni di testimone o di difensore si pongono in un rapporto di incompatibilità alternativa e non assoluta; inoltre, la sovrapposizione tra il ruolo di difensore e l'ufficio di testimone non determinerebbe alcuna violazione del diritto di difesa in danno delle altre parti, posto che anche esse, al pari dei difensori, si trovano in condizione di conoscere tutti gli atti processuali, depositati in cancelleria.

Tale conclusione sarebbe avvalorata, peraltro, dalla *Relazione* al codice di procedura penale del 1988, ove si legge che la disciplina dell'incompatibilità del difensore con l'ufficio di testimone deve trovare la propria normazione nell'ambito dell'ordinamento forense, in quanto entrano in gioco profili di deontologia professionale estranei alle regole contenute nel codice di procedura penale, dovendo dunque dipendere dalle regole deontologiche la necessità di dare prevalenza all'ufficio di testimone o al ruolo di difensore, ovvero se lasciare la scelta al difensore.

Alla luce di ciò, la Consulta ha affermato che il difensore, sempre che non abbia svolto attività di investigazione difensiva, ai sensi degli artt. 391 *bis* e segg. c.p.p. (ex art. 197, 1° comma, lett. d), c.p.p., come modificato dall'art. 3, 1° comma, L. n. 397/2000), può essere chiamato a deporre, salva la facoltà di astenersi ex art. 200 c.p.p. (Corte cost., 3 luglio 1997, n. 215, in *Giur. Cost.*, 1997, 2161, ribadita poi da Corte cost., 21 dicembre 2001, n. 433, *ivi*, 2001, 4045).

La Cassazione penale ha dunque accolto la soluzione indicata dalla Corte costituzionale, per un verso escludendo la possibilità di assunzione simultanea dei due ruoli nell'ambito dello stesso procedimento, per l'altro negando la sussistenza di un'incompatibilità a testimoniare ex art. 197 c.p.p. per il legale che, dimesso l'ufficio di difensore dell'imputato, abbia poi assunto nello stesso procedimento quello di teste e, in tale veste, sia stato escusso (tra le più recenti pronunce, v. Cass. pen., 28 marzo 2017, n. 22954; Cass. pen., 5 febbraio 2010, n. 16255; Cass. pen., 11 aprile 2007, n. 19312; Cass. pen., 3 giugno 1988, n. 6493, in *Giur. It.*, 1989, II, 275; Cass. pen., 18 febbraio 1981, Milana, in *Giust. Pen.*, 1982, III, 628; Cass. pen., 2 ottobre 1962, Di Vuolo, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1963, 1010, con nota di Ferrante; in dottrina, v. Triggiani, in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 1976 s.; Ranieri, *L'incompatibilità a testimoniare del difensore*, in *Il ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 101 e segg.; Camon, *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, 2004, 58 e segg.; Grifantini, *L'incompatibilità a testimoniare del difensore nel nuovo sistema processuale penale*, in *Giur. It.*, 1992, II, 756; Gazzaniga, *Sull'ammissibilità della deposizione testimoniale del difensore*, in *Cass. Pen.*, 1990, I, 269).

Rilevanza deontologica. Si è dunque visto come, nel risolvere la questione relativa alla cumulabilità dell'ufficio di testimone e di difensore in capo al medesimo soggetto, tanto la giurisprudenza civile quanto quella penale abbiano sottolineato il ruolo centrale svolto dalle regole deontologiche in tale materia, di cui merita quindi dare brevemente conto.

Occorre anzitutto ricordare che l'art. 51, 1° comma, del codice deontologico forense approvato il 31 gennaio 2014 dispone che "[l]l'avvocato deve astenersi, salvo casi eccezionali, dal deporre, come persona informata sui fatti o come testimone, su circostanze apprese nell'esercizio della propria attività professionale e ad essa inerenti".

Invece, il 3° comma dello stesso art. 51 – il quale replica nella sostanza il disposto di cui all'art. 58 del codice deontologico previgente –, stabilisce che "[q]ualora l'avvocato intenda presentarsi come testimone o persona informata sui fatti non deve assumere il mandato e, se lo ha assunto, deve rinunciarvi e non può riassumerlo": si tratta all'evidenza di una regola ben più rigida di quella fissata dalla giurisprudenza al fine di valutare l'ammissibilità della testimonianza sia nel processo civile che in quello penale, la cui *ratio* è evidentemente quella di eliminare in radice l'immedesimazione nella lite, che inevitabilmente finirebbe per ravvisarsi ove l'avvocato difensore fosse anche teste e poi assumesse (eventualmente, per la seconda volta) la qualità di difensore, confondendo un ruolo soggettivo di difesa con una funzione oggettiva di testimonianza (così espressamente Cons. naz. Forense, 8 ottobre

2013, n. 172, in *www.codicedeontologico-cnf.it*; in dottrina, nello stesso senso, Danovi, *La testimonianza dell'avvocato*, cit., 963, cui si rinvia anche per i riferimenti comparatistici).

Va infine evidenziato che, ai sensi del 4° comma dell'art. 51 cit., la violazione del dovere da ultimo richiamato comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura (per alcune pronunce relative alla violazione di tale dovere, sia pure in relazione alla

disposizione di cui al previgente art. 58, v. Cons. naz. Forense, 8 ottobre 2013, n. 172, cit.; Cons. naz. Forense, 25 ottobre 2010, n. 143, in *www.codicedeontologico-cnf.it*; Cons. naz. Forense, 28 dicembre 2007, n. 263, *ibid.*; Cons. naz. Forense, 27 aprile 2006, n. 15, in *Rass. Forense*, 2007, 717; Cons. naz. Forense, 1° ottobre 1996, n. 115, *ivi*, 1997, 239).

Giacinto Parisi

Giudicato implicito

Cassazione civile, Sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 25254 (ordinanza) – Pres. Amendola – Rel. Olivieri – P.M. Cardino (diff.) – UCI Sud s.r.l. (avv. ti Cosmelli, Caira, Medici, Pulejo) – FIMCO s.p.a. (avv. Nitti) – Italiana Alimenti s.p.a. (avv. D'Alessandro). *Dichiara inammissibile, tribunale sede distaccata di Andria, 15/12/2016.*

Competenza e giurisdizione civile – Regolamento di competenza – In genere

La proposizione cumulativa, ad opera della parte convenuta, delle eccezioni pregiudiziali in rito di clausola per arbitrato rituale e di incompetenza territoriale, con specifica graduazione in tal senso del loro esame, vincola il giudice di merito all'osservanza dell'ordine indicato, in virtù sia del potere dispositivo della parte che del criterio di progressione logico-giuridica dell'esame delle questioni in rito, qual è ricavabile, relativamente alle questioni di competenza, da una interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 38, comma 1 e 3, e 819 ter comma 1, c.p.c., secondo i principi del "giusto processo" ex art. 111 Cost. e di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. Ne deriva che, qualora il giudice adito non si pronunci sull'eccezione di clausola arbitrale, limitandosi ad esaminare solo l'eccezione subordinata di incompetenza territoriale – in tal modo affermando la "potestas decidendi" del giudice statale e ritenendo con decisione implicita insussistente la competenza arbitrale –, il relativo provvedimento in rito non è contestabile "ex officio" dal giudice "ad quem", stante i limiti invalicabili dell'art. 45 c.p.c. ed è suscettivo di impugnazione esclusivamente attraverso il rimedio del regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c., restando, in difetto, definitivamente radicata la competenza dinanzi al giudice territorialmente indicato come competente, davanti al quale la causa sia stata riassunta ai sensi dell'art. 44 c.p.c.

Omissis. – Italiana Alimenti s.p.a., alla quale FIMCO s.p.a. aveva alienato la proprietà di un immobile concesso in locazione a Cinestar Gestioni s.r.l. (destinato a multisala cinematografica) e condotto al tempo della vendita da UCI Sud s.r.l. (società subentrata come conduttrice nel rapporto locativo –in virtù di atto di conferimento di ramo d'azienda– nella Multiplex Sud s.r.l., che in seguito aveva assunto la denominazione sociale UCI Sud s.r.l.), con atto di citazione in data 6.8.2009 aveva convenuto in giudizio avanti il

Tribunale di Bari, UCI Sud s.r.l., FIMCO s.p.a. e Cinestar Gestioni s.r.l., proponendo domanda di risoluzione del contratto di locazione, con condanna al risarcimento del danno ex art. 1591 c.c. della società conduttrice per ingiustificato anticipato recesso ex art. 27 Legge equo canone, ed in subordine –in caso di accertamento del legittimo esercizio del diritto di recesso della conduttrice– domanda di annullamento del contratto di compravendita del bene immobile;

in seguito alla pronuncia del Tribunale Ordinario di Bari che dichiarava la propria "incompetenza territoriale", riservando al Giudice competente l'esame dell'altra eccezione di "incompetenza per clausola arbitrale", la causa è stata riassunta dalle parti avanti il Tribunale Ordinario di Trani che, con ordinanza resa in data 15.12.2016, ha rigettato la eccezione di incompetenza di clausola compromissoria, proposta da UCI Sud s.r.l., per essere la controversia deferita ad arbitri ai sensi dell'art. 19 del contratto di locazione, rilevando che: a) la autonomia del negozio compromissorio rispetto al contratto cui accede, non determina, in caso di cessione del contratto ex art. 1406 c.c., l'automatica trasmissione al contraente cessionario anche della clausola arbitrale, occorrendo a tal fine una espressa manifestazione di volontà delle parti; b) nella controversia con pluralità di parti non era consentita la estensione della efficacia del negozio compromissorio anche alle parti ad esso estranee la ordinanza del Tribunale di Trani è stata ritualmente impugnata con regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c., da UCI Sud s.r.l., con ricorso notificato in data 13.1.2017 a mezzo PEC ai difensori domiciliari delle altre parti hanno depositato memorie difensive soltanto Italiana Alimenti s.p.a. e FIMCO s.p.a.

(Omissis)

La pregiudiziale eccezione di inammissibilità del regolamento di competenza, proposta da Italiana Alimenti s.p.a. (memoria difensiva pag. 31), in base al rilievo secondo cui la eccezione di "clausola compromissoria" sarebbe stata già esaminata ed implicitamente rigettata dal Tribunale di Bari, è fondata, occorrendo tuttavia sviluppare compiutamente le ragioni di tale assunto.

Il Tribunale di Bari, diversamente da quanto sostenuto dalla eccepiente, con il provvedimento depositato in data 12.7.2010, non ha affatto pronunciato sulla eccezione di "clausola arbitrale" qualificandola come questione di giurisdizione e superando, in tal modo, il divieto di deroga alla competenza territoriale di cui all'art. 447 bis, comma 2, c.p.c. (relativo al rito locatizio), ma, tenuto conto delle diverse eccezioni pregiudiziali proposte gradatamente dalle parti convenute, ha, invece, espressamente dichiarato di voler limitare la pronuncia sulla competenza alla sola que-

stione sollevata in relazione alla “incompetenza per territorio” (statuendo, in conformità agli artt. 21, comma 1, e 447 bis c.p.c., la competenza territoriale del Tribunale di Trani), precisando che trattavasi di questione prioritaria in senso logico-giuridico, in quanto l'esame della eccezione di “clausola arbitrale” (che non opera sul piano della “competenza territoriale”, e dunque non derogando ad essa rimane, pertanto, sottratta alla sanzione di nullità dell'art. 447 bis, comma 2, c.p.c.: Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 4652 del 11/05/1999; id. Sez. 1, Sentenza n. 19393 del 22/08/2013) poteva essere condotto soltanto “dall'autorità giudiziaria che ha la cognizione sulla domanda e dunque sul contratto” (cfr. ordinanza Tribunale Bari, riprodotta anche a pag. 35-36 ricorso).

Tanto premesso, la tesi difensiva di Italiana Alimenti s.p.a. secondo cui il diniego di competenza per territorio pronunciato dal Tribunale di Bari avrebbe “implicitamente” negato “anche” la applicazione della clausola arbitrale, sussistendo tra le due questioni un nesso di reciproca dipendenza necessaria, necessita di essere meglio precisata alla stregua delle seguenti considerazioni di carattere sistematico.

A. Con la introduzione dell'art. 819 ter c.p.c., per effetto dell'art. 22 del Dlg n. 40/2006 (applicabile alla fattispecie in esame, giusta l'art. 27, comma 4, del medesimo decreto legislativo, essendo iniziato il giudizio in data successiva al 2.3.2006: cfr. Corte cass. Sez. 6 – 2, Ordinanza n. 29261 del 28/12/2011) il Legislatore si è decisamente orientato a regolare i rapporti tra il procedimento arbitrale ed il processo ordinario in termini di “competenza”. Dall'esame della disciplina complessivamente ricavabile dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, emerge che alla attività svolta dagli “arbitri rituali” viene riconosciuta natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario (cfr. Corte cost. sentenza in data 19 luglio 2013 n. 223 che, al fine di verificare la sussistenza della legittimazione degli arbitri a sollevare questioni di legittimità costituzionale, ha riconosciuto che “l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie” e ha affermato che il giudizio degli arbitri “è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione” (sentenza n. 376 del 2001). Sul piano della disciplina positiva dell'arbitrato, poi, è indubbio che, con la riforma attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80), il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale. Pertanto, nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare

i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite.”), sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione (cfr. Corte cass. Sez. U, Ordinanza n. 24153 del 25/10/2013; id. Sez. U, Ordinanza n. 1005 del 20/01/2014).

B. La costruzione della “questione di competenza arbitrale” come eccezione in senso stretto, rimessa alla iniziativa esclusiva della parte che intende avvalersi della clausola compromissoria e da formulare nei termini di decadenza previsti per le eccezioni processuali non rilevabili “ex officio” (artt. 38, comma 1, 167, comma 2, e 819 ter, comma 1, ultima parte c.p.c.: cfr. Corte cass. Sez. 6 – 1, Ordinanza n. 22748 del 06/11/2015; id. Sez. 1, Sentenza n. 1097 del 21/01/2016), se pure non inquadrabile in alcuno dei criteri di collegamento della competenza preesistenti (la competenza arbitrale, in quanto scelta alternativa rispetto alla funzione giurisdizionale dell'organo giudiziario statale: 1-non è assimilabile alla “competenza territoriale semplice”, difettando il presupposto di una disputa della competenza ricollegata ad un ambito spaziale; 2-non è riconducibile alla “competenza funzionale o territoriale inderogabile”, non implicando opzioni determinate da un interesse pubblico prevalente, e non essendo infatti rilevabile ex officio), esige –al pari delle altre questioni di competenza e pregiudiziali di rito in genere– una immediata risposta dall'organo giudicante, chiamato a verificare in via preliminare la propria “potestas decidendi” quale passaggio logico-giuridico strumentale ed indispensabile alla realizzazione dello scopo cui tende il processo, volto ad assicurare in tempi ragionevoli la tutela del diritto controverso mediante una decisione intesa al definitivo consolidamento della situazione sostanziale, direttamente od indirettamente, dedotta in giudizio.

In relazione a tale aspetto occorre osservare che, se la relazione di “pregiudizialità logica” che sussiste tra la affermazione della “potestas judicandi” (che attiene alla fase di accertamento della “decidibilità” della causa) e l'esercizio della medesima “potestas” (che attiene alla fase della decisione del caso concreto) trova riscontro nella disciplina processuale dell'ordine logico di trattazione delle questioni nella fase della decisione, venendo postergato l'esame del merito alla previa trattazione delle “questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili di ufficio” (cfr. art. 276, comma 2, c.p.c. relativo al giudice collegiale, applicabile al giudice monocratico dagli artt. 281 bis e 281 quater c.p.c., al giudice di appello dall'art. 131 disp. att. c.p.c., ed alla Corte di cassazione dall'art. 141 disp. att. c.p.c.). È stato al riguardo icasticamente osservato che “il giudice che decide il merito ha anche già deciso di poter decidere. La progressione logica che porta al giudizio di merito presuppone la soluzione delle questioni di giurisdizione e di competenza, anche quando la decisione sulla potestas judicandi implica la preventiva ricostruzione del rapporto sostanziale dedotto in giudizio e del quadro normativo di riferimento”:

Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 24883 del 09/10/2008), non emerge, invece, dall'ordinamento processuale alcun vincolo per il giudice di procedere ad un esame diacronico nella risoluzione delle "questioni pregiudiziali, preliminari e di merito", non essendo ricavabile un tale ordine gerarchico nelle norme che impongono termini di decadenza o preclusioni alla proponibilità di dette eccezioni od alla loro rilevanza ex officio (artt. 28 e 38 c.p.c.; art. 167, comma 2, c.p.c.; art. 416, comma 2, c.p.c.; art. 702 bis, comma 4, c.p.c.). L'unica norma processuale che dispone al riguardo (art. 187, comma 3, c.p.c.), e che concerne, peraltro, l'attività del giudice istruttore (e che trova corrispondenza nel rito del lavoro: art. 420 comma 4 c.p.c.: cfr. Corte cass. Sez. L, Sentenza n. 9389 del 07/09/1993), si limita a "facoltizzare" il giudice a decidere separatamente, oppure unitamente al merito, le questioni pregiudiziali o preliminari di merito, rimettendo tale scelta al suo prudente apprezzamento (non sussistendo alcun obbligo di risolvere immediatamente le questioni pregiudiziali la cui decisione può definire il giudizio), onerandolo, ove opti per la decisione separata della questione pregiudiziale, ad invitare le parti a precisare le conclusioni, ai sensi degli artt. 187, 189, 281 bis c.p.c., "nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi od a norma dell'art. 183 c.p.c.", essendo in ogni caso investito l'organo giudicante "di tutta la causa". Diversamente, nella ipotesi in cui, invece, il giudice ritenga di non dover pronunciare separatamente, la scelta di rinviare l'esame della questione pregiudiziale unitamente alla fase della decisione del merito, pur sottendendo una delibazione negativa della eccezione, non comporta in ogni caso, per il giudice, un implicito esaurimento della "potestas iudicandi" sulla questione che dovesse poi, in ipotesi, ritenersi fondata (cfr., con riferimento alla questione di competenza, Corte cass. Sez. 3, Ordinanza n. 1638 del 06/02/2002; id. Sez. 3, Ordinanza n. 16754 del 21/07/2006; id. Sez. U, Ordinanza n. 11657 del 12/05/2008; id. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 25883 del 21/12/2010 secondo cui "il provvedimento col quale detto giudice - ritenendo che la prospettata eccezione di incompetenza sia inidonea a definire il giudizio - assegni alle parti i termini di cui all'art. 183, sesto comma, cod. proc. civ., non integra una decisione sulla competenza, avendo soltanto il valore di una giustificazione della scelta del giudice di risolvere la questione di competenza unitamente al merito").

C. Nella specie non viene in rilievo la problematica inerente la relazione logica tra le decisioni su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, da un lato, e le decisioni su questioni attinenti al merito della controversia di diritto sostanziale, dall'altro, con i conseguenti riflessi in tema di formazione del giudicato implicito sulla questione pregiudiziale, problematica in ordine alla quale questa Corte (Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 24883 del 09/10/2008) ha fornito le coordinate della soluzione per quanto riguarda la "questione pregiudiziale di giurisdizione" (art. 37 c.p.c.), distinguendola dalle altre questioni pregiudiziali -rilevabili ex officio per la prima volta anche in sede di legittimità-comportanti vizi di nullità insanabili del processo (Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 26019 del 30/10/2008), riconoscendo che, soltanto nel primo caso (giurisdizione), la omessa tempestiva eccezione/rilevazione determina la formazione del giudicato implicito (Corte cass. Sez. 5, Sentenza n. 10027 del 29/04/2009). Non viene in rilievo neppure la peculiare disciplina, propria del giudizio di legittimità, intesa a coordinare, alla stregua del criterio dell'attualità

dell'interesse alla impugnazione del ricorrente incidentale condizionato, l'oggetto di tale giudizio -delimitato dai motivi di ricorso- con l'ordine logico della trattazione prioritaria delle questioni attinenti a vizi processuali -inerenti a questioni pregiudiziali di rito oggetto di decisione esplicita od implicita del giudice di merito- prospettate con il ricorso incidentale condizionato, proposto dalla parte risultata vittoriosa nel merito, rispetto all'esame degli altri vizi di legittimità, prospettati nel ricorso principale (Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 5456 del 06/03/2009; id. Sez. U, Sentenza n. 7381 del 25/03/2013; id. Sez. 1, Sentenza n. 4619 del 06/03/2015).

Viene piuttosto all'esame del Collegio la scelta compiuta dal Giudice di merito nel disporre l'ordine logico di trattazione di questioni tutte riconducibili alla categoria delle "eccezioni pregiudiziali di rito", avendo optato il Tribunale di Bari, avanti il quale la medesima parte convenuta in giudizio (UCI Sud s.r.l.) aveva proposto "cumulativamente e gradatamente" (come emerge anche dal ricorso ex art. 42 c.p.c., pag. 11) sia la eccezione di "clausola compromissoria", sia la eccezione di "incompetenza territoriale" del giudice adito, per l'esame preliminare della eccezione di incompetenza territoriale, che ha accolto, "riservando" al Tribunale di Trani, individuato come territorialmente competente, l'esame dell'altra eccezione pregiudiziale per arbitrato rituale.

Tale "modus procedendi" non appare al Collegio conforme ai parametri costituzionali di cui agli artt. 24 (esercizio del diritto difesa, declinato in termini di effettività della tutela giudiziaria), 25 (garanzia del giudice naturale preconstituito per legge) e 111 (giusto processo, declinato in funzione della effettività della tutela giurisdizionale da realizzare attraverso una pronuncia di merito resa alle parti in un tempo ragionevole) Cost., alla stregua dei quali debbono interpretarsi le singole norme e più in generale l'intero sistema del processo civile, non avendo tenuto conto, il Giudice del merito, dell'oggettivo rapporto di progressione logica che presiede all'esame delle diverse eccezioni pregiudiziali, nella specie proposte dalla stessa parte convenuta, avendo illegittimamente deciso prioritariamente sulla competenza territoriale del Giudice statale, che è questione -per le ragioni che verranno esposte-necessariamente subordinata rispetto a quella della verifica della compromettibilità della controversia in arbitri.

Le ragioni sono le seguenti.

a) La esigenza di individuare un ordine interno alla trattazione delle questioni pregiudiziali, è stata ampiamente avvertita dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non in quanto considerato fine a se stesso e meramente rispondente ad un astratto criterio logico, ma in quanto tale ordine risulta "funzionale ad assicurare la migliore qualità della decisione di merito" obiettivo al quale "si ispira pressoché costantemente - nel regolare questioni di rito - il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all'individuazione del giudice competente - volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall'altro lato, l'idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al "bene della vita" oggetto della loro contesa." (cfr. Corte costituzionale, sentenza del 12.3.2007 n. 77): tali principi enunciati dal Giudice delle Leggi in tema di questioni di giurisdizione tra ordini diversi- assumono valenza

generale, in quanto espressivi della strumentalità delle disposizioni processuali (e della loro interpretazione) alla attuazione, nel giudizio, della effettività dell'ordinamento giuridico. La elaborazione giurisprudenziale sul tema si è spinta ad indagare il nesso di progressione logica tra questioni pregiudiziali di rito, con riferimento alla relazione tra la questione di giurisdizione e quella di competenza, avendo affermato le SS.UU. di questa Corte "che la pronuncia declinatoria della competenza presuppone, come antecedente logico giuridico, la positiva affermazione, ancorché implicita, della giurisdizione, avendo ad oggetto un accertamento subordinato, rispetto al quesito pregiudiziale relativo all'esistenza della "potestas iudicandi" del giudice adito" (Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 26483 del 17/12/2007; id. Sez. U, Sentenza n. 10828 del 29/04/2008), dovendo ravvisarsi un rapporto di "continenza" tra la giurisdizione (intesa come distribuzione della potestas iudicandi tra giudici appartenenti ad ordini giurisdizionali diversi) e la competenza, in quanto "frazione o misura" della prima (volta a disciplinare la distribuzione della potestas decidendi tra giudici appartenenti al medesimo ordine giurisdizionale), rapporto contraddistinto dalla implicazione necessaria della decisione sulla competenza, nel senso che, l'affermazione della giurisdizione non determina ex se anche la competenza del giudice adito, mentre l'affermazione della competenza comporta sempre e comunque l'accertamento positivo –eventualmente implicito– della potestà giurisdizionale. Da ultimo Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 29 del 05/01/2016 ha inteso ancorare il fondamento normativo del "rapporto di pregiudizialità" tra la questione di giurisdizione e la questione di competenza al complesso delle norme della Carta costituzionale che "in coerenza con gli artt. 24, primo comma, 25, primo comma, e con i principi del "giusto processo" (art. 111, primo comma), individua "ogni magistratura" (ordinaria, amministrativa, speciali), stabilisce i principali criteri di attribuzione della giurisdizione a ciascuna di esse (artt. 102, primo e secondo comma, 103, VI disp. trans. e fin.), ed istituisce la Corte di cassazione quale unico giudice legittimato a dirimere in via definitiva questioni e conflitti di giurisdizione (art. 111, ottavo comma, Cost.)...", enunciando il principio per cui il giudice adito, anche nel caso in cui sia posta in dubbio la sua competenza, deve sempre verificare innanzitutto la sussistenza della propria giurisdizione e, solo successivamente, in caso affermativo, della propria competenza (in relazione al giudizio di legittimità, la sentenza evidenzia come la pregiudizialità della questione di giurisdizione rispetto a quella di competenza, trovi aggancio anche nell'art. 382, comma 1, c.p.c. secondo cui la Corte "quando decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa, determinando, quando occorre, il giudice competente"). Sulla stessa linea si pone Corte cass. Sez. U, Ordinanza n. 18567 del 22/09/2016, che, in tema di conflitto negativo di giurisdizione (art. 59, comma 3, della legge n. 69/2009), ha affermato che "le Sezioni Unite, se ravvisano l'esistenza della giurisdizione ordinaria, devono ritenersi investite anche del potere di indicarne specificamente il corrispondente ufficio competente secondo i detti tre criteri (ndr competenza per materia, per territorio inderogabile e per valore), sempre che gli elementi "ex actis" lo consentano e non sia necessaria, per le ragioni di cui all'art. 38, ultimo comma, c.p.c., una sommaria istruzione sulla relativa questione", venendo quindi a riconoscere una implicazione diretta tra le diverse questioni pregiudiziali (nella specie relative all'esame di ciascuno dei criteri

di radicamento della competenza, rilevabili ex officio) dettata da "evidenti ragioni di economica processuale sottese ad un'interpretazione della disciplina conforme al principio di ragionevole durata del processo" (idem, in motivazione paragr. 4.2).

b) La possibilità di istituire un ordine di gradazione all'interno dell'esame delle diverse questioni pregiudiziali, trova conforto in alcuni recenti arresti delle Sezioni Unite di questa Corte in tema di rapporti tra l'appello incidentale e la riproposizione delle domande ed eccezioni "non accolte" ex art. 346 c.p.c., ove è stata esaminata, sia pure "per obiter", la questione che interessa. Nella prima sentenza (Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 7700 del 19/04/2016) si è dato rilievo alla ipotesi in cui la parte vittoriosa abbia proposto "un cumulo di domande... in nesso di subordinazione tra loro", ovvero una pluralità di eccezioni "indicando un nesso di gradata subordinazione fra esse", ed il giudice di merito abbia pronunciato violando tale nesso di subordinazione (non sta qui a rilevare se con decisione esplicita od implicita di rigetto delle "altre" domande/eccezioni, ovvero omettendone del tutto l'esame), ritenendo che la scelta dell'ordine di esame delle questioni prospettata dalla parte, in quanto espressiva di un proprio interesse oggettivo rispetto alla materia del contendere, vincola in ogni caso l'attività processuale del Giudice di merito tenuto a seguire l'ordine indicato, in difetto incorrendo in un vizio censurabile con i rimedi impugnatori (cfr., per quanto concerne specificamente le eccezioni: paragr. 5.6.3 della motivazione). Nella seconda sentenza (Corte cass. Sez. U -, Sentenza n. 11799 del 12/05/2017), l'esempio viene ripreso precisando che "l'ordine di preferenza" delle difese, indicato al Giudice dalla parte convenuta –con riferimento ad eccezioni di merito-, appare giustificato "dal criterio dell'interesse, eventualmente apprezzato anche con riferimento alle possibili ricadute della decisione su altre controversie fra le parti o su controversie tra il convenuto e terzi", e se l'art. 276 c.p.c. istituisce un preciso vincolo di sequenza soltanto tra le questioni pregiudiziali di rito ed il merito, non intervenendo a disporre criteri ordinatori all'interno di ciascun gruppo di questioni, tuttavia "se la parte eccipiente richieda l'esame gradato di eccezioni inerenti al merito, si deve ritenere che il potere del giudice non risenta, sicché egli dovrebbe osservare nell'esame tale gradazione, se risponda ad un interesse" (cfr. motivazione paragr. 9.3.3.2.), venendo ad essere estesa tale conclusione anche alla ipotesi di proposizione cumulativa con ordine di gradazione di più eccezioni pregiudiziali di rito (idem paragr. 9.4.6.).

e) È dunque possibile rinvenire nell'ordinamento processuale –interpretato alla stregua delle norme costituzionali sopra richiamate– il fondamento di un vincolo per il Giudice di merito nell'ordine di esame delle questioni pregiudiziali e di merito, non limitato al disposto dell'art. 276 c.p.c., ma esteso anche all'interno di ciascun gruppo di questioni, in quanto risulta funzionale alla realizzazione del "giusto processo" ed alla attuazione dei principi di economica processuale e di ragionevole durata del processo, dovendo perciò stigmatizzarsi il frazionamento delle decisioni sulle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito (ritualmente dedotte o rilevate), laddove venga a tradursi, tanto più rendendo del tutto inutile e controproducente il meccanismo della "translatio iudicis" ex art. 50 c.p.c., in una ingiustificata dilazione dei tempi connessi alla realizzazione dello scopo del processo che è quello di assicurare alle parti una valida e tempestiva decisione sul me-

rito del rapporto controverso, obiettivo del tutto fallito nel caso in cui il predetto frazionamento, alterando l'ordine dell'esame delle questioni, dia luogo a pronunce "inutiliter datae" in quanto, ad esempio, la pronuncia sulla competenza territoriale, venga di fatto ad essere posta nel nulla, dal giudice – indicato come competente ed avanti al quale la causa sia stata riassunta – che poi abbia dichiarato inammissibile la domanda, accogliendo la eccezione di rinuncia all'azione per convenzione arbitrale irrituale, ovvero abbia declinato la propria competenza in favore degli arbitri, in accoglimento della eccezione di compromesso o di clausola per arbitrato rituale. Tanto premesso il criterio tassonomico da utilizzare nella gradazione dell'esame delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito deve tener conto, non soltanto dell'interesse manifestato dalla parte nella scelta preferenziale accordata alle diverse eccezioni formulate (che è espressione del potere dispositivo che informa il processo civile), ma anche delle esigenze connesse all'interesse pubblico ad una valida instaurazione del rapporto processuale tra le parti e tra queste ed il Giudice adito, in quanto l'organo giudicato adito risulti effettivamente titolare della "potestas iudicandi" ed idoneo a soddisfare alle garanzie richieste dall'art. 25 Cost.: la scelta compiuta dalla parte non può, infatti, non essere coordinata con il potere attribuito al giudice di rilevazione "ex officio" delle eccezioni non rilevabili esclusivamente ad istanza di parte (art. 112 c.p.c.), tanto più nel caso in cui la selezione della priorità di trattazione delle questioni operata dalla parte appaia recessiva rispetto a fatti "litis ingressum impediens" consistenti nella mancanza di requisiti minimi essenziali richiesti per la configurazione di un rapporto processuale (cfr. Corte cass. SU n. 26019/2008 cit. che – nell'ambito delle stesse questioni rilevabili ex officio – ritiene recessiva la verifica della giurisdizione rispetto ai vizi insanabili inerenti la violazione del contraddittorio, ed all'assoluta carenza di "potestas iudicandi" determinata dal difetto di "legitimatio ad causam", dalla decadenza sostanziale e dalla improponibilità dell'azione, dalla violazione del divieto dei "nova". Conforme: Corte cass. SU n. 29/2016 secondo cui l'obbligo di verifica pregiudiziale della giurisdizione, può essere derogato "soltanto in forza di norme o principi della Costituzione o espressivi di interessi o di valori di rilievo costituzionale, come, ad esempio, nei casi di mancanza delle condizioni minime di legalità costituzionale nell'instaurazione del "giusto processo" oppure nella formazione del giudicato, esplicito od implicito, sulla giurisdizione").

d) Con riferimento alla peculiare fattispecie sottoposta all'esame di questa Corte, la individuazione dell'ordine di esame delle questioni pregiudiziali, è circoscritta al gruppo delle "questioni di competenza", nell'ambito del quale si inseriscono le eccezioni di "incompetenza per arbitrato rituale" e di "incompetenza territoriale", proposte gradatamente da USI Sud s.r.l. Ritiene il Collegio che il criterio ordinatore debba essere rinvenuto nell'art. 38 c.p.c. che, tanto in relazione alla eccezione della parte (comma 1), quanto del rilievo officioso della incompetenza (comma 3), scandisce una sequenza di esame (materia-valore-territorio) rispondente ad una progressiva riduzione dell'oggetto della verifica processuale (analoga a quella evidenziata tra giurisdizione e competenza), per cui la individuazione del "tipo" di Giudice (Giudice di Pace, Tribunale, Corte d'appello), cui presiede il criterio della materia ed in via concorrente o residuale quello del valore, precede il criterio di distribuzione territoriale tra i Giudici appartenenti al

medesimo "tipo" (con l'ulteriore limite della inderogabilità di cui all'art. 28 c.p.c.). In tale quadro si inserisce anche la (nuova) "eccezione di incompetenza" per compromesso o per clausola arbitrale ex art. 819 ter c.p.c., il cui regime di deducibilità è sostanzialmente assimilato a quello della eccezione di incompetenza territoriale semplice, ma che opera funzionalmente ad un livello superiore rispetto al criterio per materia e valore, trattandosi di eccezione che si pone in relazione alternativa-escludente rispetto alla applicazione di tutti gli altri criteri individuatori della competenza giurisdizionale, in quanto precede ed esclude la distribuzione della "potestas decidendi" tra magistrati di diverso "tipo" appartenenti al medesimo ordine giudiziario (Giudice di pace; Tribunale; Corte d'appello), venendo a sottrarre, la convenzione per arbitrato rituale, la stessa competenza del giudice ordinario statale (di qualsiasi tipo) per devolverla agli arbitri nominati dalle parti, e cioè a soggetti privati (art. 813, comma 2, c.p.c.) investiti negoziabilmente dell'esercizio di funzioni analoghe a quelle – giurisdizionali. Se sussiste la competenza arbitrale, non può esservi luogo, quindi, ad alcuna verifica – che risulta pertanto del tutto superflua ed inutile – della distribuzione territoriale della inesistente – competenza tra i giudici statali appartenenti al medesimo ordine giurisdizionale.

Pertanto, essendo state le eccezioni pregiudiziali di incompetenza per clausola arbitrale e – subordinatamente – per territorio entrambe sollevate dalla parte, ed avendo la parte convenuta, nella comparsa di costituzione e risposta ritualmente depositata, indicato al Giudice adito (Tribunale di Bari) l'ordine secondo il quale intendeva che tali eccezioni fossero esaminate, il frazionamento della decisione su dette eccezioni disposto dal Tribunale Ordinario di Bari che ha inteso esaminare ritenendola fondata – soltanto la eccezione di competenza territoriale, denegando espressamente di provvedere sull'altra questione pregiudiziale che avrebbe dovuto invece essere trattata prioritariamente (tanto per espressa indicazione della parte, quanto alla stregua di una interpretazione sistematica degli artt. 38 e 819 ter c.p.c.) attesa la evidenziata connessione per "pregiudizialità" tra le due questioni di rito che si pongono in relazione di reciproca alternatività ed esclusione, viene a risolversi in una pronuncia affermativa della "potestas decidendi" dell'AGO, in quanto necessario presupposto logico-giuridico della applicazione del criterio di individuazione della competenza territoriale tra giudici statali, pronuncia che si configura come decisione implicita di rigetto dell'altra eccezione di clausola arbitrale. Il Giudice "ad quem", infatti, avanti il quale il giudizio è stato riassunto, non avrebbe in nessun caso potuto (ri)esaminare la eccezione di incompetenza per clausola arbitrale, attesi gli invalicabili limiti posti dall'art. 45 c.p.c. alla disputa sulle questioni di competenza, potendo essere sollevato il regolamento di ufficio esclusivamente in caso di assunta violazione del criterio della materia o del criterio cd. funzionale, rimanendo pertanto esclusa la possibilità di contestare la incompetenza per arbitrato rituale. Con la ulteriore conseguenza che la parte convenuta, che si è vista rigettare la eccezione pregiudiziale in rito formulata in via principale ed accogliere quella proposta soltanto in via gradata-subordinata, intendendo contestare il provvedimento declinatorio – non solo della competenza territoriale ma anche – della competenza arbitrale, era tenuta ad impugnarlo esclusivamente attraverso il regolamento necessario di incompetenza ex art. 42 c.p.c..

Il regolamento di competenza sottoposto all'esame del

Collegio può dunque essere risolto alla stregua del seguente principio di diritto.

Proposte cumulativamente dalla parte convenuta le eccezioni pregiudiziali in rito di clausola per arbitrato rituale e di incompetenza territoriale del giudice adito, e specificata la graduazione dell'esame delle due questioni nel senso sopra indicato, il giudice di merito è vincolato all'osservanza dell'ordine predetto, che trova fondamento tanto nel potere dispositivo della parte, libera di regolare le scelte processuali secondo i propri interessi, quanto nel criterio di progressione logico-giuridica dell'esame delle questioni in rito che è dato ricavare –relativamente alle questioni di competenza– alla stregua di una interpretazione degli artt. 38, comma 1 e 3, e 819 ter, comma 1, c.p.c., costituzionalmente orientata alla attuazione del principio costituzionale del “giusto processo” ex art. 111 Cost., nella duplice articolazione della economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del processo, nonché del principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost., quale diritto delle parti di pervenire in un tempo adeguato ad una definitiva decisione sul merito della controversia.

Ne consegue che il giudice di merito, non ha il potere di alterare la sequenza logica di esame delle questioni di rito, per cui qualora ritenga di non pronunciare sulla eccezione di clausola arbitrale –omettendo di verificare in via prioritaria se sussista o meno la competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria statale– e si limiti a pronunciare, sulla eccezione subordinata di incompetenza territoriale –in tal modo affermando la potestas decidendi del giudice statale

e ritenendo con decisione implicita insussistente la competenza arbitrale-, il relativo provvedimento in rito, non è contestabile ex officio dal Giudice ad quem, stante i limiti invalicabili dell'art. 45 c.p.c., ed è suscettivo di impugnazione esclusivamente attraverso il rimedia del regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c., sicché ove la istanza di regolamento non sia proposta avverso il provvedimento declinatorio della competenza territoriale e la causa sia stata ritualmente riassunta avanti al giudice indicato come territorialmente competente, la questione relativa alla clausola arbitrale non può essere nuovamente sollevata dalla parte e rimane preclusa all'esame del giudice di merito presso il quale rimane radicata definitivamente la competenza ai sensi dell'art. 44 c.p.c.”.

Non avendo UCI Sud s.r.l. tempestivamente impugnato con l'istanza di regolamento il provvedimento del Tribunale Ordinario di Bari nella parte in cui, decidendo in rito, ha affermato la potestas judicandi del giudice statale implicitamente rigettando la eccezione di incompetenza per clausola arbitrale, la questione relativa alla clausola compromissoria non poteva essere riproposta dalla parte, né esaminata dal Giudice del Tribunale di Trani avanti il quale la causa era stata riassunta ai sensi dell'art. 50 c.p.c., dovendo in conseguenza dichiararsi inammissibile il regolamento necessario di competenza proposto dalla ricorrente avverso la ordinanza di rigetto della eccezione di arbitrato emessa in data 15.12.2016 dal Tribunale Ordinario di Trani. – *Omissis*.

I guasti del giudicato implicito

Francesco Luiso

Dinanzi al giudice di primo grado, vengono eccepite sia l'incompetenza territoriale sia la sussistenza di una convenzione di arbitrato. Il giudice adito esamina ed accoglie l'eccezione di incompetenza territoriale, dichiarando espressamente di riservare al giudice competente l'esame dell'eccezione di arbitrato. Riassunta la causa, ed avendo il secondo giudice deciso dell'eccezione di arbitrato, viene proposto regolamento di competenza ai sensi dell'art. 819-ter c.p.c. La Corte di Cassazione dichiara inammissibile il regolamento di competenza, in quanto – a suo dire – il primo giudice, decidendo della questione di competenza, avrebbe deciso implicitamente anche dell'eccezione di arbitrato.

Un'errata applicazione del diritto intertemporale

La nostra Corte di vertice normalmente, nella materia processualciviltistica, prende decisioni apprezzabili e condivisibili, quantomeno a parere di chi scrive. Ma ogni tanto, come si dice in gergo, “toppa”. Del resto, scriveva Orazio *quandoque bonus dormitat Homerus*.

Senza rievocare la sciagurata decisione sull'art. 37 c.p.c., di recente Cass., 26 gennaio 2018, n. 2042 ha affermato che la disposizione contenuta nell'art. 374, 3° comma, c.p.c. – in virtù della quale “se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso” – avendo natura ordinamentale più che processuale [e con ciò?], vale solo per i principi affermati dalle

sezioni unite dopo l'entrata in vigore della legge che ha introdotto tale regola, e non per quelli enunciati anteriormente.

La decisione trascura la regola fondamentale, in virtù della quale il principio *tempus regit actus* prevede, da un lato, che il comportamento sia disciplinato dalla norma vigente nel momento in cui esso è tenuto, ma stabilisce altresì, dall'altro, che la fattispecie descritta dalla nuova norma ben possa collocarsi temporalmente in un momento antecedente all'entrata in vigore della stessa.

In altri termini: il comportamento previsto dall'art. 374, 3° comma, c.p.c. (non poter decidere in modo difforme dal principio di diritto enunciato dalle sezioni unite) deve essere collocato temporalmente in un momento successivo all'entrata in vigore del D.L. 2 febbraio 2006, n. 40¹; ma la fattispecie della norma (la

¹ Il cui art. 8 ha sostituito il previgente art. 374 c.p.c., in relazione ai ricorsi per cassazione proposti avverso le sentenze e gli

altri provvedimenti pubblicati a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto stesso.

sussistenza di un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite) ben può essere anche antecedente alla modifica dell'art. 374 c.p.c.

Non si ha decisione, se il giudice “decide di non decidere”

La sentenza che si pubblica, se vogliamo, è ancora più eclatante. Andiamo per ordine.

La società A conviene in giudizio la società B dinanzi al Tribunale di Bari. La società B eccepisce sia la sussistenza di una convenzione di arbitrato sia l'incompetenza territoriale del tribunale di Bari. Quest'ultimo limita la propria decisione alla sola questione di competenza, riservando espressamente la decisione dell'eccezione di arbitrato al giudice territorialmente competente cui rimette la causa, e cioè al Tribunale di Trani.

Riassunta la causa dinanzi al Tribunale di Trani, quest'ultimo rigetta l'eccezione di arbitrato, per ragioni che qui non rilevano. La società B, dunque, impugna la sentenza *ex art. 42 c.p.c.*, cioè con il regolamento di competenza, come prescrive l'art. 819 *ter*, 1° comma, c.p.c.

La Corte di cassazione censura (a torto, come vedremo nel § 3) l'ordine seguito dal Tribunale di Bari nella decisione delle due questioni di rito (incompetenza territoriale; eccezione di arbitrato), “avendo illegittimamente deciso prioritariamente sulla competenza territoriale del Giudice statale, che è questione necessariamente subordinata rispetto a quella della verifica della compromettibilità della controversia in arbitri”.

La Corte poi spiega perché a suo avviso la eccezione di arbitrato sia pregiudiziale alla eccezione di incompetenza territoriale, e perché quindi il Tribunale di Bari abbia sbagliato.

Il lettore a questo punto si aspetterebbe che la Cassazione tirasse le fila. Poiché il Tribunale di Bari ha errato, delle due l'una: o si riforma la sua decisione (se essa è riformabile), oppure si prende atto che ormai rimane fermo, ancorché errato, ciò che ha detto il Tribunale di Bari, non essendo la sua decisione più modificabile.

E invece no: nonostante che il Tribunale di Bari avesse espressamente dichiarato di non voler decidere dell'eccezione di arbitrato, la Corte gli dice che, a sua insaputa anzi addirittura contro la sua volontà, egli l'ha decisa lo stesso. Infatti la Corte scrive che la decisione sulla competenza “viene a risolversi in una pronuncia affermativa della *‘potestas decidendi’* dell'AGO, in quanto necessario presupposto logico-giuridico della applicazione del criterio di individuazione della competenza territoriale tra giudici statali, pronuncia che si configura come “decisione implicita” [virgolette nostre] di rigetto dell'altra eccezione di clausola arbitrale”.

Si tratta di soluzione francamente inaccettabile. Quando un giudice decide, il giudicato o qualunque

altra fattispecie di preclusione si forma su ciò che ha deciso, non su ciò che avrebbe dovuto decidere. Se, pur errando, un giudice scrive di non voler decidere una certa questione, non si può affermare che egli invece l'ha decisa lo stesso!

Si immaginano le conseguenze disastrose di tale regola? Si immagina dove se ne vada il principio dell'affidamento? Qualora la sentenza sia errata, la si corregge, se è possibile; altrimenti la si deve prendere per quello che dice, e non per quello che avrebbe dovuto dire.

L'ordine di esame delle eccezioni di incompetenza (o di carenza di giurisdizione) e di arbitrato

Ma è poi vero che il corretto ordine di esame delle questioni di rito, sottoposte al Tribunale di Bari, è quello che afferma essere la Cassazione? Chi scrive ne dubita fortemente, e la chiave di questo convincimento sta proprio in una frase del Tribunale di Bari, trascritta nella sentenza che si pubblica. Scrive infatti il Tribunale di Bari che l'eccezione di arbitrato può essere condotta soltanto “dall'autorità giudiziaria che ha la cognizione sulla domanda e dunque sul contratto”.

Ora, da un punto di vista logico è chiaro che la questione di rito relativa alla sussistenza di una clausola compromissoria sta a monte della competenza (ed anche della giurisdizione). Tuttavia, a parte il fatto che in linea di massima il principio della ragione più liquida si applica anche alle questioni di rito, ben possono esservi fondati motivi per esaminare prima l'eccezione a valle. E questi fondati motivi stanno nella necessità di ottenere una decisione spendibile in sede arbitrale, ove sia dichiarata la impossibilità di decisione nel merito della causa in ragione della convenzione di arbitrato.

Non è certo questa la sede per affrontare il problema dei rapporti fra arbitro e giudice. Supponiamo ipoteticamente (come del resto è) che, al fine di evitare un conflitto negativo irresolubile fra giudice ed arbitro, sia necessario affermare che la pronuncia emessa dal giudice, con la quale si dichiara che deve essere percorsa la via arbitrale, impedisca all'arbitro, di fronte al quale la causa è riproposta, di negare il proprio potere decisorio affermando che il potere spetta al giudice; e, viceversa, che la pronuncia emessa dall'arbitro, con la quale si dichiara che deve essere percorsa la via giurisdizionale, impedisca al giudice, di fronte al quale la causa è riproposta, di negare il proprio potere decisorio affermando che il potere spetta all'arbitro.

Ebbene, in tal caso è evidente che la pronuncia vincolante in sede arbitrale deve essere emessa non da un qualunque giudice, ma da quello che avrebbe il potere di decidere nel merito, ove la convenzione di arbitrato non fosse efficace. Così come, nel caso inverso, la decisione dell'arbitro deve essere presa da un collegio correttamente costituito. E ciò vale, ovvia-

mente, non solo per la competenza, ma anche ed a maggior ragione per la giurisdizione.

Se, ad es., dinanzi al giudice italiano il convenuto propone eccezione di arbitrato ed afferma che se la clausola fosse inefficace comunque la giurisdizione spetterebbe al giudice francese, mi sembra chiaro

che la questione di giurisdizione deve essere decisa prioritariamente. Perché, se effettivamente la giurisdizione fosse del giudice francese, solo quest'ultimo potrebbe emettere una decisione idonea ad essere spesa in sede arbitrale.

Termini processuali

Cassazione civile, Sez. VI, 14 settembre 2017, n. 21335 (ordinanza) – Pres. Petitti – Rel. Manna – K.A.M.A.A.W. e altri – M.P., T. M. (Avv. Denaro). *Rigetta il ricorso.*

Processo civile – Termini processuali – Computo dei termini “a ritroso” – Applicabilità dell’art. 155, 4° e 5° comma, c.p.c.

L’art. 155, 4° e 5° comma, c.p.c. trova applicazione anche con riguardo ai termini che si computano a ritroso nel tempo, con la conseguenza che, ove questi scadano in un giorno festivo ovvero di sabato, la proroga prevista dal detto articolo opera nel senso di anticiparne la scadenza al primo giorno non festivo cronologicamente precedente. (Massima non ufficiale).

Omissis. – Attivato il procedimento camerale ex art. 380-bis c.p.c. e art. 375 c.p.c., n. 5 e proposta dal consigliere relatore la reiezione del ricorso, la parte ricorrente ha depositato memoria lunedì 27.2.2017. Preliminarmente si rileva la tardività della memoria, siccome depositata decorso il termine di cinque gg., previsto dall’art. 380-bis c.p.c. nuovo testo, prima della camera di consiglio. Infatti l’art. 155 c.p.c., comma 4 (diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine che scada in un giorno festivo) e il successivo quinto comma del medesimo articolo (introdotto dalla L. 28 dicembre 2005, n. 263, art. 2, comma 1, lett. f, e diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine che scada nella giornata di sabato) operano anche con riguardo ai termini che si computano “a ritroso”, ovvero contraddistinti dall’assegnazione di un intervallo di tempo minimo prima del quale deve essere compiuta una determinata attività. Tale operatività, peraltro, deve correlarsi alle caratteristiche proprie di siffatto tipo di termine, producendo il risultato di individuare il *dies ad quem* dello stesso nel giorno non festivo cronologicamente precedente rispetto a quello di scadenza, in quanto, altrimenti, si produrrebbe l’effetto contrario di un’abbreviazione dell’intervallo, in pregiudizio per le esigenze garantite dalla previsione del termine medesimo. Nella specie, rispetto all’odierna camera di consiglio del 3.3.2017 il termine di cui all’art. 380-bis c.p.c. comma 2 scadendo domenica 26.2.2017, è stato prorogato a ritroso a venerdì 24.2.2017. – *Omissis.*

L’art. 155, 4° e 5° comma c.p.c., e i termini a ritroso: una questione ancora aperta?

Con la pronuncia in epigrafe, il Supremo Collegio ha riaffermato una giurisprudenza oramai maggioritaria (v. sul punto Trib. Viareggio, ordinanza 15 giugno

1999, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 615 seg., con nota di Tinagli; Trib. Torino, ord. 8 aprile 2009, in *Giur. Merito*, 2009, 2171 e segg., con nota critica di Chesta, “*Termini a decorrenza successiva e termini da computarsi a ritroso: ambito di applicabilità*”; Cass., 30 giugno 2014, n. 11226, in *Giur. It.*, 2014, 2729 e segg., con nota di Amendolagine, “*L’art. 155, 4° e 5° comma, c.p.c. si applica al termine per il deposito a ritroso*”), riguardante la questione dell’applicabilità del 4° e 5° comma dell’art. 155 c.p.c. ai termini processuali che si computano “a ritroso nel tempo”, ovvero a quei termini che indicano una *distancia temporis* che deve necessariamente sussistere tra il compimento dell’atto processuale e il relativo e successivo momento a cui quell’atto è finalizzato.

Il caso di specie riguarda, infatti, un tipico esempio di termine a ritroso: quello previsto dall’art. 380 bis c.p.c., il quale, nell’ambito del procedimento per la decisione in camera di consiglio da parte della Corte di Cassazione, prevede che le parti possano presentare le proprie memorie in cancelleria non oltre cinque giorni prima dell’adunanza. La decorrenza del termine in questione, quindi, parte dal giorno dell’adunanza e il relativo computo va indietro nel tempo, fino al quinto giorno prima della stessa.

Ebbene, in presenza di una siffatta tipologia di termini, si aprono talune questioni che risultano essere di primario interesse per chi quotidianamente abbia a che fare con il compimento di atti processuali.

Prima di addentrarsi *in medias res* nel tema oggetto della pronuncia in commento, è importante premettere che per i termini a ritroso la regola enunciata dall’art. 155, 1° comma, c.p.c., secondo la quale “nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno o l’ora iniziali” (regola ben espressa dal brocardo latino, secondo cui “*dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur*”), si applica nel senso di rinvenire quale *dies a quo*, a cominciare dal quale il termine decorre, il giorno dell’udienza o, nel caso dell’art. 380 bis, dell’adunanza, dal quale, in effetti, prendendo come esempio la fattispecie regolata da quest’ultimo articolo, decorrono i cinque giorni, prima dei quali depositare la già menzionata memoria. Il *dies ad quem*, invece, è costituito, sulla scorta dell’esempio precedente, dal quinto giorno prima dell’adunanza stessa, che consisterà nell’ultimo giorno utile ai fini del compimento tempestivo dell’atto (al proposito, l’opinione è unanime sia in dottrina che in giuri-

sprudenza. Per quanto riguarda la giurisprudenza, si veda, *ex plurimis*, Cass., 4 novembre 1997, n. 10797, in *Foro It.*, 1998, I, 2200 e seg., con nota di Caponi; Cass., 7 ottobre 2005, n. 19503, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005; Cass., 30 aprile 2012, n. 6601, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012; Trib. Napoli, Sez. VII, 26 gennaio 2017, in *Pluris*; Trib. Padova, sez. I, 22 novembre 2016, in *Pluris*. Dello stesso senso, in dottrina Passante, in Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2013, VI, 1058; Caponi, *op. cit.*, 2201. Maggiormente discusso è se il giorno dell'udienza debba essere qualificato quale *dies a quo* o *dies ad quem*, ma si tratta di una mera questione terminologica, in quanto il risultato a cui si perviene è lo stesso: il giorno da cui decorre il termine a ritroso è il giorno dell'udienza o, per l'art. 380 *bis*, dell'adunanza, che non è da inserire nel computo, mentre va conteggiato il giorno finale).

Riprendendo l'esempio del termine previsto dall'art. 380 *bis* c.p.c., ipotizzando che l'adunanza della camera di consiglio sia fissata in data 28 aprile, sarà dunque tempestivo il deposito della memoria che avverrà entro e non oltre il 23 aprile, poiché il 28 aprile, in qualità di *dies* iniziale, non dovrà essere ricompreso nel computo dei cinque giorni richiesti dalla norma citata, mentre il 23 aprile, in quanto *dies* finale, dovrà essere calcolato, risultando così l'ultimo giorno utile affinché l'atto in questione sia depositato tempestivamente.

Fatta questa breve precisazione, passiamo ora al tema di maggior rilievo per la fattispecie su cui la Corte si è pronunciata: l'applicabilità dell'art. 155, 4° e 5° comma c.p.c., ai termini a ritroso. Il primo dei due commi citati prevede, infatti, che, ove il giorno di scadenza del termine cada di domenica o in altro giorno festivo (secondo una giurisprudenza consolidata, sono giorni festivi, a parte la domenica, quelli definiti tali dalla L. 27 maggio 1949, n. 260 e successive modifiche. Si veda, sul punto Cass., 24 marzo 2015, n. 5895, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015), esso sia prorogato *ipso iure* al giorno feriale immediatamente successivo. Il 5° comma del medesimo articolo, introdotto dalla L. n. 263/2005, ha esteso, poi, la medesima proroga anche al caso in cui il termine scada nella giornata di sabato, pur specificando che "resta fermo il regolare svolgimento delle udienze e di ogni altra attività giudiziaria, anche svolta da ausiliari, nella giornata di sabato, che ad ogni effetto è considerata lavorativa" (art. 155, 6° comma, anch'esso introdotto dall'art. 2, 1° comma, lett. f), L. 28 dicembre 2005, n. 263). La *ratio* sottesa a tale modifica legislativa è stata evidentemente quella di agevolare i difensori delle parti, evitando loro l'accesso agli uffici pubblici (principalmente alle cancellerie e agli ufficiali giudiziari) nella giornata di sabato (v. Luiso-Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 21 e seg.; Corsini, in Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 124).

Ebbene, la *quaestio iuris* sulla quale sia dottrina che

giurisprudenza si sono interrogate riguarda la possibilità, o meno, di applicare queste due norme anche con riguardo ai termini a ritroso. Questi ultimi, infatti, diversamente dai termini cosiddetti a decorrenza successiva, sono posti essenzialmente a tutela dei due soggetti processuali con i quali la parte interagisce: *in primis* dell'avversario, che deve avere il tempo di prendere visione dell'atto di controparte e di potere, di conseguenza, esercitare il proprio diritto di difesa; *in secundis* dell'organo giudicante, al quale deve essere garantito un minimo lasso di tempo per poter venire a conoscenza delle argomentazioni delle parti prima dell'udienza.

Sulla scorta di tali argomentazioni, in passato era diffusa l'opinione, sviluppatasi in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la proroga prevista dall'art. 155, 4° e 5° comma "è da ritenere operante solo per i termini cosiddetti a decorrenza successiva, e non anche per quelli che si computano a ritroso, con l'assegnazione di un intervallo di tempo minimo prima del quale deve essere compiuta una determinata attività, in quanto, altrimenti, si produrrebbe l'effetto contrario di un'abbreviazione di quell'intervallo, in pregiudizio delle esigenze garantite con la previsione del termine medesimo" (in questo senso Cass., (ord.) 4 gennaio 2011, n. 182, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011; Cass., 7 maggio 2008, n. 11163, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008; Cass., 12 dicembre 2003, n. 19041, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003; Trib. Bari, Sez. III, 15 ottobre 2014, in *Pluris*; Trib. Roma, Sez. V, 18 maggio 2009, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2009, 1388 e segg., con nota di Valerini, *Il termine a ritroso che scade di sabato è anticipato di diritto al primo giorno feriale precedente*; Trib. Torino, Sez. IV, 20 febbraio 2008, in *Pluris*). Secondo tale orientamento, quindi, era da escludere, relativamente ai termini a ritroso, una *prorogatio terminis* in avanti, in quanto ciò sarebbe andato a discapito delle parti a tutela delle quali i suddetti termini sono stati introdotti (della stessa opinione anche parte della dottrina. Al riguardo, si veda Chesta, *op. cit.*, 2171 e segg.).

Rimanevano, però, aperte due questioni: stante l'inapplicabilità di tali due commi ai termini a ritroso, il deposito effettuato nel giorno di scadenza del termine, costituito da una domenica o comunque da un qualche giorno festivo, sarebbe stato ritenuto tempestivo, oppure la scadenza sarebbe dovuta slittare al primo giorno feriale antecedente? E tali regole sarebbero valse anche per il sabato? A ben pensarci, infatti, di domenica, essendo essa giorno festivo, gli uffici giudiziari sono notoriamente chiusi, e quindi non vi è la possibilità materiale di accedervi per depositare o notificare un atto, il che fa sì che il difensore, per l'impossibilità di una proroga in avanti del termine, dovrà comunque onorare il suo impegno prima della scadenza del suddetto termine. Diverso è il discorso per il sabato, che invece, proprio in ragione del disposto del 6° comma dell'art. 155, è considerato a pieno titolo un giorno lavorativo, nel quale gli uffici riman-

gono aperti e vi è, dunque, la possibilità di accedervi per eventuali depositi o notifiche (tutto questo discorso è in parte superato dal fatto che dal 2012 è entrato in vigore il processo civile telematico, con la conseguenza che oramai è più raro doversi recare presso gli uffici giudiziari e sottostare ai loro orari per compiere un deposito. Eppure, anche per quest'ultimo l'art. 16 *bis*, 7° comma, D.L. n. 179/2012, convertito in L. n. 221/2012 prevede che per i depositi telematici trovino comunque applicazione i commi 4° e 5° dell'art. 155 c.p.c., non apportando, dunque, su tale fronte, particolari modifiche rispetto al processo civile "cartaceo". Sul punto si veda Trib. Milano, Sez. lav., 31 ottobre 2014, in *Pluris*).

La risposta a tali quesiti, sino al 2014, è stata la più variegata: taluni Tribunali hanno interpretato l'inapplicabilità della proroga prevista dall'art. 155 c.p.c. nel senso che il deposito effettuato nella giornata di sabato, essendo essa a tutti gli effetti giornata lavorativa, sia da considerarsi tempestivo (Trib. Lodi, 20 gennaio 2009, in *D.L. Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, 1083 seg., il quale sostiene che "ove il termine a ritroso previsto nel processo del lavoro per la costituzione della parte resistente scada nella giornata di sabato, non trova applicazione l'art. 155, comma 5, c.p.c. e, conseguentemente, deve ritenersi tempestiva la costituzione effettuata in tale giornata"; Trib. Enna, 16 febbraio 2011, in *www.Altalex.it*, 2011, con nota di Camillo). Altre pronunce, invece, forti del disposto del 5° comma dell'art. 155 c.p.c., hanno parificato *in toto* il sabato alla domenica e hanno ritenuto, così, tardivo il deposito di un atto effettuato nell'ultimo giorno utile, che cadeva di sabato, in quanto la scadenza avrebbe dovuto ritenersi anticipata al venerdì precedente (Trib. Viareggio, ord. 15 giugno 1999, in *op. cit.*, 615 e segg.; Trib. Torino, ord. 8 aprile 2009, in *op. cit.*, 2171 e segg.) Secondo quest'ultimo orientamento (sostenuto, in dottrina, da Caponi, *op. cit.*, 2202; Valerini, *op. cit.*, 1389; Luiso-Sassani, *op. cit.*, 22), più che di una soppressione della disciplina della proroga nei confronti dei termini a ritroso, si sarebbe dovuto attuare un adeguamento della stessa, in ragione delle particolari modalità di computo di questi ultimi. Così facendo, la proroga in questione dovrebbe operare seguendo il senso temporale con il quale i termini si computano: computandosi, dunque, i termini a ritroso all'indietro nel tempo, anche la proroga di questi dovrebbe seguire il medesimo senso di marcia, anticipandone la scadenza, ove questa cada in un giorno festivo o di sabato, al giorno antecedente non festivo. In questo modo, da un lato verrebbe salvaguardato l'interesse della controparte ad avere un lasso di tempo ragionevole per prendere visione dell'atto avversario e dall'altro si eviterebbe comunque al difensore di accedere agli uffici pubblici nella giornata di sabato.

Come attesta la stessa sentenza in epigrafe, tale orientamento è stato oramai integralmente recepito anche dalla Suprema Corte, che, con la sent. 30 giu-

gno 2014, n. 14767 (in *Giur. It.*, 2014, 2729 e segg., con nota di Amendolagine, *op. cit.*), ha tentato di fare chiarezza circa l'applicabilità dell'art. 155, 4° e 5° comma ai termini a ritroso, prevedendo che, per questi ultimi, lo slittamento contemplato all'art. 155 c.p.c. "va invero inteso come necessariamente riferito al giorno cronologicamente precedente non festivo rispetto al giorno festivo o al sabato in cui cada il 5° giorno, costituente il *dies ad quem*, escluso dal computo – come detto – il *dies a quo* costituito dal giorno dell'udienza".

Dalle ultime pronunce dei giudici di legittimità sembrerebbe, dunque, che la giornata di sabato, benché non considerata a tutti gli effetti un giorno festivo, ai fini del compimento di atti processuali venga di fatto parificata alla domenica. Ed infatti, la stessa Corte in un passaggio della sentenza sopracitata ha affermato che "escluso il *dies a quo* (28/2), il 5° giorno (*dies ad quem*) cadeva di domenica (23/2), con proroga pertanto *ex art.* 155, 4° comma al sabato 22/2, nonché *ex art.* 155, 5° comma [...] al suindicato venerdì 21/2". Seguendo tale orientamento, quindi, se un termine a ritroso scade nella giornata di sabato, sarà considerato intempestivo il deposito che avvenga in tale giorno, in quanto la proroga prevista dal 5° comma dell'art. 155 ne richiede lo slittamento al venerdì antecedente.

Tale interpretazione non rimane, però, immune da critiche. Taluni autori (sul punto si veda Chesta, *op. cit.*, 2173 e segg.) hanno constatato che, così facendo, non viene operato un equo bilanciamento di interessi tra la parte onerata al compimento dell'atto e gli altri soggetti processuali, che con la stessa si interfacciano. Se, infatti, per questi ultimi il termine per prendere visione dell'atto in questione è ampiamente preservato, non si può dire lo stesso per chi, invece, deve effettuare il deposito o la notifica richiesta. Questi, invero, si vedrebbe restringere il tempo concesso per il compimento del medesimo di uno (ove il termine scada di sabato e venga quindi anticipato al venerdì), se non addirittura di due giorni (se il termine scade di domenica infatti si andrebbe al venerdì precedente). Ciò a discapito della *ratio* sottostante al 5° comma dell'art. 155 c.p.c., introdotto con la sola finalità di agevolare i difensori nel compimento degli atti processuali, non di penalizzarli.

Nel tentativo di trovare un equilibrio tra gli interessi in gioco, la Corte di Appello di Lecce, sezione lavoro, con la sentenza del 12 febbraio 2016 (in *www.judicium.it*, 2017, con nota di Marmiroli), ha proposto una soluzione interessante (la fattispecie sottoposta all'esame della Corte riguardava un caso in cui il difensore dell'appellato aveva depositato l'appello incidentale il giorno di scadenza del termine (a ritroso) previsto dall'art. 436 c.p.c., che cadeva nella giornata di sabato). Pur prendendo le mosse dalla già menzionata sentenza del Supremo Collegio n. 14767/2014, i giudici leccesi hanno ritenuto di non condividerne il percorso argomentativo, in quanto quest'ultimo "tutela le esigenze di controparte, che subirebbe una abbrevia-

zione del tempo minimo garantito per esaminare le memorie *ex art. 378 c.p.c.* [la Corte si riferisce al caso esaminato dalla sentenza dei giudici di legittimità, ma tale ragionamento può essere esteso a tutti i termini a ritroso previsti dal codice di rito] ma non considera l'abbreviazione del termine, che subisce il ricorrente". Ritenendo di dover tutelare tanto il diritto di difesa della parte alla quale è concesso un dato termine, quanto quello della parte avversaria, alla quale è garantito un lasso di tempo minimo per prendere conoscenza delle argomentazioni avversarie, la Corte ritiene che "tale contemperamento può essere raggiunto, concedendo alla parte che deve esaminare l'atto processuale, qualora ne ravvisi l'esigenza, un ulteriore termine, qualora non abbia avuto a disposizione il periodo garantitogli dalla legge per esaminare l'atto medesimo". Per quanto concerne, invece, il termine che scada nella giornata di sabato, i giudici di merito aderiscono al già menzionato orientamento che considera la giornata di sabato come pienamente lavorativa, stante la regolare apertura delle cancellerie, come avallato, d'altronde, dal 6° comma dell'art. 155 c.p.c. Sulla scorta di tali argomentazioni, la Corte

d'Appello giunge alla seguente conclusione: se la scadenza di un termine a ritroso cade di domenica, o in altro giorno festivo, la proroga prevista dal 4° comma dell'art. 155 c.p.c. si applica comunque "in avanti", facendola slittare al giorno non festivo immediatamente successivo, con la possibilità, per l'altra parte, di richiedere un termine a difesa, ove l'intervallo di tempo residuale non le conceda di visionare congruamente l'atto così depositato. Se invece la suddetta scadenza cada di sabato, essendo esso giorno lavorativo, non trova applicazione la proroga *ex art. 155, 5° comma c.p.c.* e, dunque, il termine rimane invariato.

Benché con la pronuncia in commento la Corte di Cassazione sembra essersi assestata sul proprio orientamento in tema di proroga dei termini che si computano a ritroso, le sentenze dei tribunali di merito sopra menzionate fanno pensare che, forse, la questione potrà in futuro essere riportata all'attenzione dei giudici di legittimità, lasciando così aperta la porta ad un possibile mutamento di giurisprudenza.

Elisa Padovano

Esecuzione forzata

Tribunale Asti, 27 novembre 2017, n. 958 – Pres. Rampini – Rel. Francioso – S c. K e C

Esecuzione forzata – Sospensione disposta dal giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo – Rigetto dell'opposizione – Riassunzione del processo esecutivo – Termine – Estinzione per inattività delle parti

Qualora il giudice dell'opposizione sospenda la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto in base alla quale era stata iniziata l'azione esecutiva e il giudizio di primo grado si concluda con il rigetto dell'opposizione, il creditore deve riassumere il procedimento esecutivo, già sospeso, nel termine di sei mesi decorrenze dalla data della pronuncia della sentenza di primo grado e non da quella della sentenza di appello, in quanto il disposto dell'art. 627 c.p.c. si applica solo per quanto attiene il periodo semestrale, con obbligo del giudice di dichiarare d'ufficio l'estinzione del processo esecutivo per inattività delle parti in caso di inosservanza del termine.

Omissis. – visto il reclamo depositato in data 23.10.2017 con cui si chiede l'annullamento dell'ordinanza del 2.10.2017, comunicata il 10.10.2017, e la conseguente declaratoria di estinzione del processo esecutivo RGE 603/11 (ex Alba);

rilevato che parte reclamata ha chiesto, con memoria di costituzione, respingersi il reclamo e per l'effetto conferirsi il provvedimento impugnato;

OSSERVA

– che deve essere dichiarata la contumacia di C, nei confronti del quale è stato regolarmente instaurato il con-

traddittorio, giusta notifica di cancelleria del 26.10.2017 (cfr. art. 178 c.p.c.);

– che in applicazione del principio processuale della "ragione più liquida" – desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost. (in forza del quale deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale, cfr. Cass. Sez. Un. Civili 9936/2014) – deve essere pronunciata d'ufficio l'estinzione del processo esecutivo RGE 603/11 (ex Alba) ai sensi della norma di cui all'art. 630, comma 2, c.p.c.;

– che, per i motivi che di seguito si espongono, pur pronunciando l'estinzione richiesta da parte reclamante, non possono essere accolti i motivi esposti a sostegno del ricorso;

– che gli elementi di fatto e di diritto sottoposti al Collegio possono essere riassunti nei termini che seguono: promovimento di procedimento esecutivo (RGE 603/11, K, creditore procedente, S, debitore esecutato) sulla base di decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo del 14.5.2011, n. 199/2011, del Tribunale di Alba; sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *ex art. 649 c.p.c.* con provvedimento del 30.7.2011 del Tribunale di Alba, pronunciato in sede di opposizione a decreto ingiuntivo; conseguente sospensione *ex art. 623 c.p.c.*, del processo esecutivo RGE n. 603/11 con provvedimento del 5.10.2011; intervento del 30.4.2013 del creditore C, nella procedura esecutiva in forza di altro decreto ingiuntivo; rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo, giusta sentenza del 20.1.2014, n. 14/2014 del Tribunale di Alba; proposizione di appello avverso la sentenza dinanzi alla Corte d'Appello di Torino (RG n. 1401/14); deposito di istanza di riassunzione del procedimento esecutivo RGE n. 603/11 in data 18.6.2015 da parte del creditore K, rigettata con provvedimento del

GE del 7.7.2015; rigetto, giusta sentenza del 26.10.2016, n. 1849 (notificata il 3.11.2016 da K a S), dell'appello avverso il rigetto, in primo grado, dell'opposizione a decreto ingiuntivo; proposizione di istanza depositata il 4.5.2017 da S di estinzione del processo esecutivo RGE 603/11 per inattività delle parti; proposizione di istanza, depositata il 16.5.2017 da K, di riassunzione del medesimo processo esecutivo; rigetto dell'istanza di estinzione del processo esecutivo con provvedimento del GE del 2.10.2017;

– che il processo esecutivo deve essere dichiarato estinto d'ufficio per inattività delle parti a far data dal decorso dei sei mesi (20.7.2014) successivi alla pronuncia della sentenza di primo grado di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo (20.1.2014). Il nostro ordinamento giuridico, infatti, è fondato, in materia di esecuzione coattiva, sul principio generale dell'esecutività dei provvedimenti (cui la legge attribuisce tale efficacia) indipendentemente dal loro passaggio in giudicato. La procedura esecutiva oggetto della presente dichiarazione di estinzione, infatti, è stata correttamente avviata sulla base del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ex art. 642 c.p.c., per poi essere sospesa (623 c.p.c.) a seguito dell'adozione dell'ordinanza di cui all'art. 649 c.p.c. di sospensione della provvisoria esecutorietà del titolo, provvedimento, quest'ultimo, successivamente assorbito dalla pronuncia della sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c. (di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo). Da quest'ultima pronuncia decorre il termine semestrale di cui all'art. 627 c.p.c. Il richiamo a quest'ultima norma, tuttavia, per i motivi che di seguito si illustreranno, deve intendersi riferito al solo termine semestrale, dovendosi determinare il dies a quo e il dies ad quem per il relativo computo sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico, innanzi richiamati. Come si è detto, infatti, il dies a quo coincide senz'altro con la pronuncia della sentenza di primo grado di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo e il suo maturare non risulta sospeso o interrotto da evento alcuno (non è stata, infatti, adottata alcuna pronuncia ex art. 283 c.p.c. da parte della Corte d'Appello), con la conseguente individuazione del dies ad quem nei sei mesi successivi (20.7.2014);

– che trovano, infatti, puntuale applicazione i condivisi principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità a partire dal 1975 (cfr. Cass., 2148/1975, 18539/2007), secondo cui: la sospensione del processo esecutivo, disciplinata dall'art. 623 cod. proc. civ., viene pronunciata, tra gli altri casi, nell'ipotesi di sospensione dell'esecutorietà del decreto ingiuntivo disposta dal giudice della opposizione al decreto stesso (cfr. Cass. 709/2006); con quest'ultima forma di sospensione si prende atto del fatto che vi è una interferenza tra processo di cognizione e diritto di procedere all'esecuzione forzata; tale interferenza cessa con il rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo (infatti, il decreto riprende la sua efficacia e cessano gli effetti della sospensione disposta dal giudice della cognizione e, conseguentemente, la sospensione disposta dal giudice della esecuzione); la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo (ex art. 649 c.p.c.), infatti, può durare solo fino alla sentenza di primo grado di rigetto dell'opposizione, che appunto restituisce al decreto ingiuntivo la forza di titolo esecutivo sulla base del quale è stata promossa l'esecuzione forzata e non è necessario attendere il passaggio in giudicato della decisione di rigetto della opposizione al decreto ingiuntivo (o, in altre parole, della decisione di accoglimento della domanda di condan-

na contenuta nel ricorso monitorio); la sospensione indicata dall'art. 627 cod. proc. civ. –il quale presuppone la sospensione del processo esecutivo propriamente detto e completa il particolare procedimento aperto con l'ordinanza di cui al precedente art. 624 c.p.c.– rappresenta una fattispecie differente, riferendosi alla sospensione per opposizione all'esecuzione, destinata a concludersi a seguito del rigetto (totale o parziale) dell'opposizione stessa (Cass. 7760/2007, 13571/2004, 11378/2002, per l'opposizione all'esecuzione; Cass. 8251/91, per l'opposizione agli atti esecutivi; Cass. 21882/2004; 4539/1992, per l'opposizione di terzo all'esecuzione);

– che alla luce dei principi innanzi esposti, nella fattispecie sottoposta al vaglio di questo Collegio, la norma di cui all'art. 627 c.p.c. può trovare applicazione limitatamente al periodo semestrale determinante al fine di valutare l'inattività delle parti di cui all'art. 630 c.p.c., non ricorrendo gli ulteriori presupposti di applicazione della norma (proposizione di opposizioni all'esecuzione, agli atti esecutivi o di terzo);

– che, pertanto, contrariamente a quanto argomentato nel ricorso per reclamo (secondo cui, correttamente, il dies a quo per la riassunzione del processo esecutivo coincide con la pronuncia della sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo, mentre, erroneamente, il dies ad quem sarebbe fissato nel termine di sei mesi – 26.4.2017 – dalla comunicazione della sentenza della Corte d'appello, resa in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, in applicazione dell'art. 627, ovvero in tre mesi – 2.4.2017 – dal passaggio in giudicato della sentenza di appello ai sensi dell'art. 297 c.p.c.) non può trovare applicazione la regola fissata dall'art. 627 cod. proc. civ., non ricorrendo i presupposti di applicazione della norma (riassunzione del processo esecutivo sospeso per opposizione all'esecuzione, agli atti esecutivi o di terzo, a seguito di rigetto dell'opposizione stessa);

– che, per tali ragioni, allorquando sia disposta la sospensione del processo esecutivo a seguito dell'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 649 e 623 c.p.c., cui segue la pronuncia della sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo, ai fini della riassunzione del processo esecutivo sospeso non è necessario attendere il passaggio in giudicato della sentenza, dovendosi valutare la maturazione del termine semestrale, ai fini della valutazione circa l'inattività delle parti, dalla pronuncia della sentenza di primo grado (salvo che non ne sia disposta la sospensione in sede di appello ai sensi dell'art. 283 c.p.c.);

– che, in applicazione dei principi suddetti, questo Collegio pronuncia d'ufficio ai sensi dell'art. 630, comma 2, c.p.c., l'estinzione del processo esecutivo di espropriazione presso terzi RGE 603/2011 a far data dal 20.7.2014, non avendo le parti riassunto il procedimento nel termine di sei mesi dal venire meno della causa di sospensione (20.1.2014) id est pronuncia della sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo). Il primo atto successivo alla rimozione della causa di sospensione (pronuncia della sentenza di primo grado), infatti, risale al 18.6.2015, epoca nella quale il procedimento esecutivo è già risultato estinto per inattività delle parti;

– che, conseguentemente, nessuno degli atti e dei provvedimenti assunti nella procedura esecutiva RGE 603/2011 in data successiva al 20.7.2014 (sei mesi dalla sentenza di primo grado del 20.1.2014) può essere ritenuto valido (primo fra tutti il ricorso in riassunzione del 18.6.2015), in

quanto, come noto, l'estinzione opera di diritto (con la conseguente inesistenza di alcun valido termine di riassunzione fissato dal GE con il provvedimento del 7.7.2015);

– che, come noto, in caso di estinzione del processo le spese rimangono a carico della parte che le ha anticipate ai sensi dell'art. 310, ultimo comma, c.p.c. (cfr. Cass., 6509/2002 “l'art. 632, terzo comma cod. proc. civ., prevede che, in caso di estinzione del processo esecutivo, si applica l'art. 310, ultimo comma cod. proc. civ., il quale dispone che le spese del processo estinto stanno a carico delle parti che le hanno anticipate; tale disciplina è applicabile anche nel caso in cui la causa estintiva sia imputabile esclusivamente al creditore precedente, che abbia rinunciato agli atti o sia rimasto inattivo.”; Cass., 19638/2014 “in tema di spese del processo esecutivo, l'art. 632 cod. proc. civ., che disciplina l'ipotesi della estinzione del processo, consente la liquidazione in favore del creditore solo se debitore e creditore di comune accordo richiedano, con l'estinzione, l'accollo totale o parziale delle spese a carico del primo, mentre, se l'estinzione è richiesta dal solo creditore, il giudice non può procedere alla liquidazione in suo favore, ostandovi l'espresso richiamo, nell'ultimo comma, all'art. 310 cod. proc. civ. Invece l'art. 95 cod. proc. civ., che disciplina la diversa ipotesi della normale conclusione fruttuosa della esecuzione, prevede che le spese siano poste a carico del soggetto che subisce l'esecuzione”);

– che la pronuncia officiosa di estinzione assorbe tutte le ulteriori questioni proposte dalle parti e giustifica la compensazione integrale delle spese di lite;

P.Q.M.

il Tribunale, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa:

– dichiara d'ufficio l'estinzione del procedimento esecutivo di espropriazione presso terzi RGE 603/2011 a far data dal 20.7.2014;

– pone le spese del procedimento esecutivo a carico delle parti che le hanno anticipate;

– dispone la compensazione integrale delle spese di lite del procedimento di reclamo – *Omissis*.

La riassunzione del processo esecutivo sospeso con ordinanza ex art. 649 c.p.c.

Premessa. La sentenza del tribunale di Asti affronta due temi principali: il rapporto tra la sospensione disposta dal giudice dinanzi al quale è impugnato il titolo provvisoriamente esecutivo e i riflessi sul procedimento esecutivo già iniziato nonché il termine entro il quale deve essere riassunto il processo esecutivo in caso di rigetto della opposizione a decreto ingiuntivo.

Il caso. Sulla base di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo il creditore inizia l'esecuzione. Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice dell'opposizione, con ordinanza emessa ai sensi dell'art. 649 c.p.c., sospende l'esecuzione provvisoria del decreto. Il giudizio di merito si conclude con il rigetto dell'opposizione e la sentenza viene confermata dalla Corte di Appello. Il creditore presenta istanza di riassunzione della procedura esecutiva; il debitore presenta istanza di estinzione per inattività delle parti

che viene respinta dal G.E. Il Tribunale, in sede di reclamo, pur non accogliendo i motivi a sostegno del ricorso, dichiara d'ufficio l'estinzione del processo esecutivo per mancata osservanza del termine semestrale di riassunzione previsto dall'art. 627 c.p.c.

Gli effetti dell'ord. 649: sospensione *ex nunc*. Per inquadrare correttamente il problema, è utile ricordare che l'art. 649 c.p.c. consente al giudice, su istanza dell'opponente, quando ricorrono gravi motivi, di sospendere con ordinanza non impugnabile l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo concessa a norma dell'art. 642 c.p.c.

Nel momento in cui il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo sospende la provvisoria esecuzione del decreto, gli effetti sospensivi si riverberano immediatamente sul processo esecutivo nel frattempo intrapreso dal creditore opposto. È, infatti, consolidato il principio in base al quale la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo non determina l'improcedibilità dell'azione esecutiva, ma soltanto la sospensione del processo esecutivo (da ultimo Cass., 4 giugno 2013, n. 14048): non viene meno il titolo, nella sua intrinseca natura e funzione di accertamento della sussistenza di un credito, ma il provvedimento sospensivo incide esclusivamente sulla efficacia esecutiva, cioè sulla sua intrinseca idoneità a fondare un processo esecutivo. Ne consegue, sempre secondo il consolidato orientamento sopra citato, che il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 649 c.p.c. non comporta la sopravvenuta illegittimità degli atti esecutivi già compiuti, in quanto la sospensione spiega effetti *ex nunc*.

(Segue). L'ordinanza ex art. 623 c.p.c. La sospensione del processo esecutivo deve essere pronunciata da parte del giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 623 c.p.c., “anche senza formalità”, come ritenuto dalla sentenza della suprema corte poc'anzi citata. Il giudice dell'esecuzione prende, in buona sostanza, atto del fatto che vi è una interferenza tra processo di cognizione e diritto di procedere all'esecuzione forzata, alla quale occorre porre rimedio.

L'art. 623 c.p.c. prevede, infatti, che l'esecuzione forzata non può essere sospesa che con provvedimento del giudice dell'esecuzione, “salvo che la sospensione sia disposta dalla legge o dal giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo”. La dottrina ha individuato, tralasciando i residuali casi di sospensione *ope legis*, due fattispecie di sospensione dell'esecuzione: a) quella c.d. esterna, relativa all'esecutività intrinseca del titolo esecutivo (cioè alla sua generale idoneità a fondare azioni coattive per la soddisfazione del diritto) e disposta dal giudice del processo di cognizione in cui si controverte, in fase di gravame, del titolo stesso; b) quella c.d. interna, afferente cioè la singola procedura esecutiva e pronunciata dal giudice designato per la trattazione di essa nell'ambito di uno dei procedimenti di opposizione (all'esecuzione, agli atti esecutivi, di terzo). Gli effetti delle due tipologie

di sospensione sono diversi: nel primo caso, su mera sollecitazione delle parti (anche nella forma semplificata dell'istanza *ex art. 486 c.p.c.*) il G.E. è tenuto all'adozione di un provvedimento dichiarativo (cioè ricognitivo della intervenuta privazione dell'efficacia esecutiva del titolo); nel secondo caso, al G.E. è devoluta, nella fase sommaria del giudizio di opposizione (all'esecuzione, agli atti esecutivi, di terzo) una valutazione tipicamente cautelare sulla ricorrenza di gravi motivi che legittimano la temporanea paralisi del procedimento esecutivo. Nella prima ipotesi (sospensione c.d. interna) come chiarito dalla giurisprudenza (Cass., 16 gennaio 2006, n. 709), è compreso il caso della sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo disposta dal giudice dell'opposizione allo stesso decreto: il titolo perde l'efficacia esecutiva di cui in precedenza era munito (Bucolo, *La sospensione nell'esecuzione*, Milano, 1972, I, 81).

Il rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo. L'art. 653 c.p.c. stabilisce che se l'opposizione è rigettata con sentenza passata in giudicato o provvisoriamente esecutiva, il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva.

Si aprono due ipotesi: se il decreto ingiuntivo è già munito di provvisoria esecutorietà, la sentenza che rigetta l'opposizione costituisce ulteriore titolo, in forza della sua esecutività prevista dall'art. 282 c.p.c., e il creditore avrà immediatamente a disposizione due titoli esecutivi e cioè il decreto ingiuntivo (per capitale interessi e spese ivi previsti) e la sentenza di primo grado per le eventuali spese liquidate; viceversa se il decreto ingiuntivo non è stato dichiarato provvisoriamente esecutivo (né in sede di emissione né in corso di causa) e la sentenza non è dichiarata espressamente provvisoriamente esecutiva, in virtù della disposizione in esame, il creditore deve attendere il passaggio in giudicato della sentenza per fa sì che il titolo acquisti efficacia esecutiva.

La distinzione non è di poco conto sol che si pensi che in un caso in cui il creditore aveva iniziato l'esecuzione sulla base di una sentenza di rigetto dell'opposizione invocando la provvisoria esecutorietà ai sensi dell'art. 282 c.p.c., la Suprema corte (nel confermare la sentenza che aveva accolto l'opposizione all'esecuzione proposta dal debitore perché il creditore era privo di titolo esecutivo) ha emanato il principio di diritto in base al quale, quando è integralmente respinta l'opposizione a decreto ingiuntivo non esecutivo, con sentenza che non pronunci sulla sua esecutività, il titolo sul quale si fonda l'esecuzione non è la menzionata sentenza, bensì (quanto a sorte capitale, accessori e spese da quello recati) il decreto stesso, precisando altresì che l'esecutorietà del decreto è sì collegata alla sentenza, in forza della quale viene sancita indirettamente, ma con attitudine al giudicato successivo (Cass., 27 agosto 2013, n. 19595).

Già in precedenza, l'orientamento consolidato della giurisprudenza (da ultimo Cass., 18 dicembre 2007, n.

26676) era, infatti, quello di ritenere che, quando la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, concessa ai sensi dell'art. 642 c.p.c., sia stata successivamente revocata, la sentenza che rigetta l'opposizione, pur provvisoriamente esecutiva, non determina l'automatica caducazione del provvedimento di revoca della clausola di provvisoria esecuzione ed il ripristino della clausola stessa, dovendo equipararsi il decreto ingiuntivo opposto a quello per il quale la clausola non sia stata mai concessa, con la conseguenza che detto decreto, per costituire valido titolo esecutivo, deve essere munito di esecutorietà con provvedimento dichiarativo-costitutivo, ove l'esecutorietà non sia stata dichiarata espressamente in sentenza.

Non si può ignorare, per altro verso, che esiste anche altro orientamento, recentemente ripreso (Cass., 31 luglio 2017, n. 19029) in base al quale, se l'opposizione a decreto ingiuntivo è rigettata, il decreto ingiuntivo riprende la sua efficacia e cessano gli effetti della sospensione disposta dal giudice della cognizione e, conseguentemente, la sospensione disposta dal giudice dell'esecuzione (Cass., 3 settembre 2007, n. 18539), in quanto quest'ultima può durare solo fino alla sentenza di primo grado di rigetto dell'opposizione che restituisce al decreto ingiuntivo la forza di titolo esecutivo, sulla base del quale era stata promossa l'esecuzione forzata, e non è necessario attendere il passaggio in giudicato della decisione di rigetto dell'opposizione al decreto ingiuntivo, o, in altre parole, della decisione di accoglimento della domanda di condanna contenuta nel ricorso monitorio.

La decisione del tribunale. Il problema che il tribunale di Asti si trova ad affrontare è fino a quando permangono gli effetti della sospensione del processo esecutivo ed entro quali termini il processo sospeso deve essere riassunto.

Il processo esecutivo era, infatti, stato sospeso dal giudice dell'esecuzione in data 5 ottobre 2011, a fronte della sospensione disposta ai sensi dell'art. 649 c.p.c. dal giudice dell'opposizione; l'opposizione a decreto ingiuntivo era stata rigettata dal tribunale con sentenza in data 20 gennaio 2014 (ma non è dato sapere se la stessa è stata dichiarata provvisoriamente esecutiva come prevede l'art. 653 c.p.c.); la corte d'appello aveva rigettato l'appello (proposto avverso la sentenza di primo grado dal debitore opponente e soccombente nel giudizio di primo grado). Il creditore aveva depositato l'istanza di riassunzione del processo esecutivo in data 16 maggio 2017 e cioè entro i sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di appello (notificata il 3 novembre 2016 e passata in giudicato 30 giorni dopo). Il debitore esecutato aveva però qualche giorno prima già depositato una istanza di estinzione del processo esecutivo per inattività delle parti, respinta con provvedimento del giudice dell'esecuzione, oggetto di reclamo al tribunale.

Il collegio, pur non accogliendo i motivi esposti dal debitore esecutato a sostegno del reclamo, dichiara

d'ufficio l'estinzione del processo esecutivo per tardiva riassunzione del processo, enunciando due principi: *a)* non occorre attendere il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo in quanto per consentire la ripresa del processo esecutivo è sufficiente la sentenza di primo grado; *b)* il termine di riassunzione deve essere individuato in quello di sei mesi successivi alla pronuncia di primo grado perché, in mancanza, il processo esecutivo si estingue ai sensi dell'art. 630, 2° comma, c.p.c.

La decisione del tribunale, quanto al primo punto, è motivata sulla circostanza che, con il rigetto dell'opposizione, il decreto ingiuntivo riprende la sua efficacia e cessano gli effetti della sospensione disposta dal giudice della cognizione e conseguentemente la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, in quanto: *i)* la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo può durare solo fino alla sentenza di primo grado e non è necessario attendere il passaggio in giudicato della decisione di rigetto; *ii)* il nostro ordinamento giuridico è fondato sul principio generale dell'esecutività dei provvedimenti (cui la legge attribuisce tale efficacia), indipendentemente dal loro passaggio in giudicato. Le motivazioni enunciate sono in linea con la giurisprudenza di legittimità sopra riportata in materia. Per quanto riguarda il secondo punto e cioè che il processo esecutivo sospeso deve essere riassunto entro sei mesi dalla pronuncia della sentenza che ha rigettato l'opposizione a decreto ingiuntivo, la decisione del tribunale è motivata sulla circostanza che, pur non applicandosi l'art. 627 c.p.c., deve essere comunque osservato il termine semestrale previsto da tale norma, in quanto *i)* la sospensione indicata dall'art. 627 c.p.c. rappresenta una fattispecie differente, riferendosi alla sospensione per opposizione all'esecuzione, destinata a concludersi a seguito del rigetto (totale o parziale) dell'opposizione stessa; *ii)* la norma deve però trovare applicazione limitatamente al periodo semestrale determinante al fine di valutare l'inattività delle parti di cui all'art. 630 c.p.c., non ricorrendo gli ulteriori presupposti di applicazione della norma (riassunzione del processo esecutivo sospeso per la proposizione di opposizioni all'esecuzione, agli atti esecutivi o di terzo); *iii)* la maturazione del termine semestrale, senza il deposito dell'istanza di riassunzione, comporta l'estinzione del processo esecutivo la quale opera di diritto.

Le motivazioni enunciate costituiscono, indubbiamente, un profilo di novità, nel silenzio della legge e in mancanza di precedenti pronunce sul punto. Per comprendere la portata della decisione del tribunale astigiano, è opportuno ricordare che non vi è alcuna norma all'interno del nostro ordinamento che disciplina i termini e le modalità di riassunzione del processo esecutivo sospeso, a seguito della sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo quando, in quel giudizio, il giudice ha disposto la sospensione ai sensi dell'art. 649 c.p.c.; è opportuno ricordare, altresì, che l'art. 627 c.p.c. prevede che il processo esecutivo deve essere riassunto, con ricorso, nel ter-

mine perentorio fissato dal giudice dell'esecuzione e, in ogni caso, non più tardi di sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di primo grado o dalla comunicazione della sentenza di appello che rigetta l'opposizione.

Il problema si pone, dunque, innanzitutto se il titolo esecutivo, sospeso dal giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, acquisti immediata efficacia esecutiva con il deposito della sentenza di primo grado (come sopra già esaminato) e, necessariamente, nell'interpretazione dell'art. 627 c.p.c. e cioè se tale norma stabilisce le modalità di riassunzione in tutti i casi di sospensione del processo esecutivo oppure se la disposizione si applica solo, come rilevato dal tribunale, nei tre casi di opposizione all'esecuzione, agli atti esecutivi e di terzo e, in quest'ultimo caso, se si possa, comunque, estrapolare dal contesto della norma e, fuori dalla sua applicabilità, il termine semestrale come termine, comunque, indicato dal legislatore per far cessare quella situazione di stallo in cui si è venuto a trovare il processo esecutivo in forza del provvedimento di sospensione adottato ai sensi dell'art. 649 c.p.c. La questione se l'art. 627 c.p.c. abbia, pertanto, una portata generale e cioè se si applichi non solo quando l'esecuzione è sospesa ai sensi dell'art. 624 c.p.c. ma anche nelle altre ipotesi, è stato oggetto di ricorso per cassazione ma non è stata esaminata nella sua complessità in quanto la Corte di Cassazione, con la sent. 3 settembre 2007, n. 18539, si è limitata a sostenere che la norma opera nel solo ambito delle opposizioni di merito all'esecuzione.

In tal senso la Suprema Corte si era espressa anche decidendo la questione del termine di riassunzione del processo esecutivo sospeso in sede distributiva (nel testo anteriore alla modifica dell'art. 512 c.p.c. operata dal D.L. n. 35/2005 convertito nella L. n. 80/2005, ma enunciando un principio generale comunque applicabile); in quell'occasione aveva avuto modo di precisare che, stante la diversità dei rimedi, alle controversie distributive non si applica l'art. 627 c.p.c., in quanto norma espressamente dettata per l'ipotesi di rigetto dell'"opposizione" e che non ricorrevano i presupposti né dell'interpretazione analogica né di quella estensiva (che tende a comprendere nella portata concreta della norma i casi anche implicitamente considerati, purché risultanti dalla ratio della disposizione), in quanto "l'art. 627 c.p.c., infatti, è una norma che presuppone una sospensione del processo esecutivo tale che la relativa ripresa sia condizionata, come detto, dall'esito dell'opposizione, di modo che soltanto qualora questa sia rigettata si possa porre la questione della riassunzione del processo e delle conseguenze dell'omissione o dell'intempestività della riassunzione" (Cass., 19 dicembre 2014, n. 26889). In quella occasione la Corte, dopo aver escluso l'applicabilità dell'art. 627 c.p.c., si poneva la questione di individuare la disciplina applicabile per la riassunzione del processo esecutivo (nel quale la distribuzione del ricavato era stata sospesa ai sensi dell'art. 512 c.p.c.) e,

richiamando la sentenza Cass., 29 marzo 2007, n. 7760, confermata da Cass., 18 novembre 2010, n. 23325, stabiliva che la norma applicabile, in mancanza di un'apposita previsione, è quella dell'art. 297 c.p.c., "poiché trattasi di disposizione che, sebbene dettata per il processo di cognizione, si presta a regolare anche il processo esecutivo, qualora ricorra un'analogia di situazione processuale", fissando il termine per la riassunzione del processo esecutivo decorrente dalla data del passaggio in giudicato della sentenza di primo grado o d'appello che aveva deciso la controversia distributiva.

Al di là della problematica del termine (semestrale dettato dall'art. 627 c.p.c. e trimestrale imposto dall'art. 297 c.p.c.), non di facile soluzione è individuare il *dies a quo* e in quali ambiti si collochi rispetto al *dies ad quem*. Per giurisprudenza consolidata (il principio di diritto è stato da ultimo confermato da Cass., 4 aprile 2017, n. 8683), l'art. 627 c.p.c. nella parte in cui allude alla riassunzione del processo esecutivo nel termine di sei mesi dal passaggio in cosa giudicata della sentenza di primo grado che rigetta l'opposizione all'esecuzione, deve essere inteso nel senso che tale momento segna soltanto il *dies a quo* del termine per la riassunzione (che, se la sentenza viene impugnata, non decorre, venendo sostituito dal momento della comunicazione della sentenza di appello che rigetti l'opposizione) e non il momento di insorgenza del potere di riassumere, il quale, in conseguenza dell'immediata efficacia della sentenza di primo grado di rigetto dell'opposizione ai sensi dell'art. 282 c.p.c., nasce con la sua stessa pubblicazione". La Suprema Corte, in quella occasione, ha avuto modo di precisare che l'art. 627 c.p.c. non disciplina il termine iniziale (il *dies a quo*) della possibile riassunzione ma solo quello finale (il *dies ad quem*) e che tale previsione si giustifica al fine di consentire al creditore opposto, ove lo ritenga prudente ed opportuno (anche in considerazione delle responsabilità connesse alla prosecuzione e definizione di un procedimento esecutivo in pendenza di opposizione) di non effettuare tale riassunzione al solo fine di evitare l'estinzione dell'esecuzione, in caso di impugnazione della pronuncia di rigetto in primo grado dell'opposizione di merito. In buona sostanza il creditore avrebbe la possibilità, a sua discrezione, di riassumere il processo esecutivo o dopo la sentenza di primo grado che ha deciso l'opposizione oppure dopo la comunicazione della sentenza di appello, purché venga osservato il termine finale di sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di primo grado o da quella della comunicazione della sentenza di appello.

Se, dunque, l'art. 627 c.p.c. regola esclusivamente la

riassunzione del processo esecutivo sospeso dal giudice dell'esecuzione (nei tre casi di opposizione all'esecuzione, agli atti esecutivi e di terzo), come ritiene la giurisprudenza e come ritenuto dal Tribunale con la sentenza in commento, suscita qualche dubbio l'ulteriore passo di quest'ultima ove si sostiene che, pur non applicandosi la norma al caso in esame, si deve comunque prendere in considerazione il termine di sei mesi (previsto dalla norma), facendolo decorrere dalla data di deposito della sentenza di primo grado, non come mera facoltà ma come obbligo comportante, in caso di inosservanza, l'estinzione di diritto.

La questione, affrontata dal tribunale e risolta certamente con l'enunciazione di un principio innovativo, anche ove fosse stata ricondotta, stante il richiamo enunciatosi a Cass., 29 marzo 2007, n. 7760 (ribadito da Cass., 18 novembre 2010, n. 23325 e 19 dicembre 2014, n. 26889), al principio che, in mancanza di previsione legislativa, al processo esecutivo è comunque applicabile la disciplina dell'art. 297 c.p.c., sarebbe rimasta aperta non solo perché tale norma fa comunque riferimento al passaggio in giudicato della sentenza ma, altresì, in quanto vi sarebbe disparità di trattamento a seconda che la sospensione sia stata disposta dal giudice dell'esecuzione, a seguito di una semplice istanza presentata ai sensi dell'art. 486 c.p.c. ovvero disposta dal giudice dell'esecuzione a seguito di una opposizione all'esecuzione comunque proposta dal debitore che ha ottenuto l'ordinanza *ex art. 649 c.p.c.* La giurisprudenza, infatti, reputa non scorretto l'esercizio del potere di sospensione interna per una causa di sospensione esterna "nulla vietando che il giudice, investito, per scelta dell'opponente, di una formale opposizione, ritenga di individuare quale giusto motivo di sospensione – c.d. interna – appunto il venir meno della stessa esecutività del titolo, rivestendolo quindi di un'efficacia ulteriore rispetto a quella ordinaria sua propria" (Cass., 13 aprile 2015, n. 7364). È evidente che in quest'ultimo caso il creditore avrebbe la possibilità di avvalersi di quanto disposto dall'art. 627 c.p.c. nella sua più ampia formulazione e utilizzando il *dies ad quem* come termine finale, con pregiudizio del creditore che, invece, con scrupolo e senso di responsabilità, per evitare di vedersi coinvolto in una ulteriore opposizione, presenta al giudice dell'esecuzione istanza *ex art. 486 c.p.c.* chiedendo di procedere alla sospensione del procedimento esecutivo adducendo l'intervenuta emissione dell'ordinanza *ex art. 649 c.p.c.*

Dario Gramaglia

Diritto Commerciale

a cura di Gastone Cottino

con Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Marco Ricolfi,
Marcella Sarale e Roberto Weigmann

Società

Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, causa C-106/16 – Pres. Leanerts – Rel. Jürimäe – Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. in liquidazione (avv. Gorzka-Augustynowicz)

Società – Libertà di stabilimento – Trasformazione transfrontaliera di una società – Trasferimento della sede legale senza trasferimento della sede effettiva – Applicabilità

Gli artt. 49 e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che la libertà di stabilimento è applicabile al trasferimento della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro verso il territorio di un altro Stato membro, ai fini della sua trasformazione, conformemente alle condizioni poste dalla legislazione di tale secondo Stato membro, in una società soggetta al diritto di quest'ultimo, senza spostamento della sede effettiva della citata società.

Società – Libertà di stabilimento – Trasformazione

transfrontaliera di una società – Trasferimento della sede legale – Normativa nazionale che subordina la cancellazione dal registro delle imprese allo scioglimento della società in esito ad una procedura di liquidazione – Diniego di cancellazione – Contrasto con TFUE

Gli artt. 49 e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro che subordini il trasferimento della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro verso il territorio di un altro Stato membro, ai fini della sua trasformazione in una società soggetta al diritto di tale secondo Stato membro, conformemente alle condizioni poste dalla legislazione di quest'ultimo, alla liquidazione della prima società.

Per il testo della sentenza, individuabile con il riferimento ECLI:EU:C:2017:804, v. www.curia.europa.eu.

Polbud: palla al Centros! Cerchio chiuso con la libertà di trasferire la sede all'estero

Luca Boggio*

A diciotto anni di distanza la Corte di Giustizia conclude il percorso intrapreso con la ben nota sentenza *Centros*, con la quale aveva dato avvio al processo d'ampliamento della libertà di stabilimento (ed alla concorrenza tra ordinamenti), e giunge ad applicare i principi pronunciati in materia di costituzione all'estero di una società (per poi stabilirne una succursale nello Stato membro di provenienza dei soci fondatori) e di trasferimento della sede effettiva in altro Stato all'ipotesi della società già costituita della quale sia trasferita la sola sede legale in un altro Stato membro (per giovare della legislazione di quest'ultimo), mantenendo l'attività nello Stato di provenienza. La sentenza in commento è di particolare rilievo per la riaffermazione in termini generali del principio di libertà di stabilimento e l'ampiezza che la stessa assume anche in rapporto ai casi in cui con la deliberazione societaria s'intenda mutare soltanto – per via della modificazione della sede legale – la *lex societatis* mantenendo invariata la sede effettiva della società. L'A., accogliendo favorevolmente le statuizioni della Corte, ne sottolinea non solo la portata concreta rispetto a vari profili (ivi compresa la disciplina UE dell'insolvenza delle società), ma anche la rilevanza in termini ricostruttivi dell'istituto della trasformazione transfrontaliera, quale strumento di disciplina dell'ente nella continuità dei rapporti endo ed extrasocietari.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

La vicenda e le questioni pregiudiziali

La sentenza in commento¹ affronta la questione, di grande rilievo teorico, relativa agli effetti legali ricollegabili al mero trasferimento – ma con mutamento della legge applicabile – della sede legale in altro Stato membro e risolve, in senso ancora una volta liberale², il dubbio riguardo alla legittimità di quel trasferimento anche quando esso non comporti la ricollocazione della sede sociale effettiva presso la nuova sede legale³. La Corte, nel persistere di significative differenze di regolamentazione tra gli Stati membri per gli ostacoli che ha incontrato l'adozione della 14° direttiva in materia societaria⁴, si confronta apertamente con il problema di trovare un equilibrio adeguato tra l'esercizio di una delle libertà fondamentali sancite dal TFUE e la protezione dei terzi, che vedono sfuggire l'ente all'ordinamento originario

con il rischio di trovarsi dinanzi ad una riduzione del livello di tutela effettiva dei propri diritti prima assicurato da quell'ordinamento. Il tema è di grande interesse, in quanto un numero significativo di trasferimenti di sede da uno Stato membro all'altro avvengono allorché le società sono in precarie condizioni patrimoniali, economiche o finanziarie, cosicché appaiono finalizzati e risultano funzionali alla ricerca di una legislazione concorsuale maggiormente *debtor friendly* invece che di regole più efficienti per la gestione e lo sviluppo dell'impresa e, come tali, volte a favorire il conseguimento di un reale rafforzamento patrimoniale anche nell'interesse dei creditori sociali⁵. Molte sono le decisioni pronunciate in relazione a questa patologia societaria, alla quale Giurisprudenza Italiana ha dedicato nel tempo particolare attenzione⁶; più raro è il contenzioso sui trasferi-

¹ La sentenza è commentata anche da Mucciarelli, *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola?*, in *Società*, 2017, 1321 e segg.; De Luca, Gentile, Schiavottello, *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, *ivi*, 2018, 5 e segg.; con riferimento ai riflessi tributari Furian, Gallio, *Non configura un abuso del diritto il trasferimento della sola sede legale di una società in altro Stato UE*, in *Corr. Trib.*, 2018, 362 e segg.; sottolineando le implicazioni della decisione sulla cd. teoria della sede reale Barsan, *Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt Polbud?*, in *Europe*, 2018, n. 3, 6 e segg.; Menjucq, *La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés*, in *J.C.P.*, ed. E., 2018, 1014, 23 e segg.; nella prospettiva applicativa ai trasferimenti all'estero della sede di società di diritto tedesco Bärrwaldt, Hoefling, *Grenzüberschreitender Formwechsel: Das Urteil des EuGH in der Rs. „Polbud“ in der praktischen Anwendung*, in *Der Betrieb*, 2017, 3051 e segg.; con accenti critici, Mörsdorf, *Nun also doch! – Die überraschende Umdeutung der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit durch den EuGH im Urteil Polbud*, in *ZIP*, 2017, 2381 e segg.; Kovács, *Der grenzüberschreitende (Herein-)Formwechsel in der Praxis nach dem Polbud-Urteil des EuGH*, in *ZWR*, 2018, 253 e segg.; Soegaard, *Cross-border Transfer and Change of Lex Societatis After Polbud*, C-106/16: *Old Companies Do Not Die ... They Simply Fade Away to Another Country*, in *Eur. Comp. Law*, 2018, 21 e segg.

² E ciò seguendo solo in parte la linea tracciata dalle conclusioni depositate dall'Avvocato Generale Kokott (ECLI:EU:C:2017:351), poiché quest'ultimo aveva subordinato il riconoscimento della copertura assicurata dal diritto di stabilimento alla volontà di "realizzare un insediamento effettivo della società interessata in tale Stato membro per esercitarvi un'attività economica reale". In ordine alle conclusioni dell'Avvocato Generale v. in particolare il commento di Garcimartín Alférez, *Changes of Lex Societatis: A Quick Comment on the Polbud Case*, pubblicato il 5 luglio 2017 e reperibile all'indirizzo <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/07/changes-lex-societatis-quick-comment-polbud-case>.

³ In generale, ma senza pretese di completezza, riguardo alla disciplina italiana dei trasferimenti di sede legale all'estero o dall'estero v. Ballarino, *La società per azioni nella disciplina internazionale privatistica*, Padova, 1999, 62 e segg.; Margiotta, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. Notar.*, 2004, 653; Righini, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contatto. e Impresa*, 2006, 755 e segg.; Mucciarelli, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitrati normativi*, Milano, 2010, 139 e segg.; Benedettelli, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. Società*, 2010, 1251 e segg.

⁴ La direttiva si trova da oltre un ventennio allo stadio di proposta (n. XV/6002/97), "abbandonata" dalla stessa Commissione UE dopo il 2007, nonostante fosse stata inserita come "iniziativa prioritaria" ancora nel *Commission Legislative and Work Programme 2007*, ma più volte risollecitata dal Parlamento ancora in anni

recenti dinanzi alle differenze di disciplina tra gli Stati membri. Comunque, ad oggi, il progetto di intervenire per armonizzare le discipline nazionali relative ai trasferimenti di sede in altri Stati membri è ancora vivo negli uffici della Commissione UE, come risulta dal recente intervento della rappresentante della D.G. Giustizia Knofel nel corso del Congresso dei Notai d'Europa svoltosi a Santiago de Compostela tenutosi il 5-6-7 ottobre 2017. Per una sintetica ricostruzione del difficoltoso iter per ora non giunto a compimento si rinvia a Ballester, Del Monte, *Directive on the cross-border transfer of a company's registered office 14th Company Law Directive. An assessment accompanying the European Parliament's Legislative own-Initiative Reports (Rapporteurs Lebne and Regner, MEP)*, Bruxelles, 2013, 9 e segg. reperibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/494460/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494460_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/494460/IPOL-JOIN_ET(2013)494460_EN.pdf); Panizza, *Cross-border transfer of company seats*, maggio 2017, *passim* reperibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583143/IPOL_BRI\(2017\)583143_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583143/IPOL_BRI(2017)583143_EN.pdf). Qualche osservazione al testo della Proposta di 14° direttiva approvata dalla Commissione UE può essere letta nel recente lavoro di S. Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione Europea*, Torino, 2016, 131 e segg.

⁵ La possibilità che i trasferimenti da uno Stato all'altro abbiano lo scopo prioritario di sfuggire all'applicazione di regole ritenute svantaggiose per l'impresa in crisi è tanto reale che l'art. 3, 1° comma, secondo capoverso, Reg. 20 maggio 2015, n. 848, sul quale si ritornerà nel quart'ultimo paragrafo di questo commento, sancisce l'irrelevanza ai fini della negazione della giurisdizione concorsuale dello Stato di provenienza dei trasferimenti della sede legale effettuati nei novanta giorni anteriori alla data di deposito della domanda di apertura della procedura d'insolvenza. Per qualche primo commento a riguardo si rinvia a V. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2016, II, 370; Boggio, *Centre Of Main Interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale ...*, in *Giur. It.*, 2017, 382; De Cesari, *La competenza internazionale*, in De Cesari-Montella, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017, 73 e segg.

⁶ Le più recenti pubblicate in *Giur. It.* sono commentate da Spiotta, *Trasferimento (fittizio) della sede legale all'estero: effetti sulla giurisdizione, sulla competenza e sul decorso del termine annuale di fallibilità*, in *Giur. It.*, 2014, 338 e segg.; Boggio, *op. ult. cit.*, 379 e segg.; Id., *Trasferimenti fittizi, incompleti o "ultrannuali" della sede legale all'estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano*, *ivi*, 2014, 618 e segg.; Michieli, *Appunti in tema di trasferimento "fraudolento" della sede legale all'estero*, *ivi*, 2016, 1402 e segg. Per altri commenti e studi si rinvia pure a De Cesari, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Fallimento*, 2010, 666 e segg.; Montella, *Competenza internazionale del giudice italiano e trasferimento (fuga) del debitore all'estero*, *ivi*, 2011, 715 e segg.; Cerrato A., II

menti di società almeno apparentemente lontane dall'insolvenza, di cui il caso deciso dalla Corte di Giustizia e qui commentato sembrerebbe un esempio. Al di là della tendenziale complessità delle discipline nazionali relative ai trasferimenti transfrontalieri di sede, che, di certo, non favoriscono il ricorso a tale soluzione e di cui la normativa polacca imputata di contrasto con il diritto dell'Unione Europea è un fulgido esempio⁷, soltanto laddove le regole nazionali prevedano un controllo preventivo sugli atti di trasferimento e conferiscano alle pubbliche autorità il potere di impedirlo vi sono le condizioni per le quali possa nascere un contenzioso suscettibile di sfociare in decisioni in ordine al rapporto tra libertà di stabilimento e legittimità delle restrizioni legali al trasferimento stesso. Come si evince dalla seconda massima pubblicata, la legislazione polacca richiedeva alle società di completare il procedimento di liquidazione prima di poter ottenere la cancellazione dal registro delle imprese nazionale e, pertanto, potersi efficacemente iscrivere in quello di un altro Stato. Nel corso del giudizio, poi, era stato sollevato – dal governo austriaco intervenuto dinanzi alla Corte – anche il dubbio che ulteriore requisito fosse costituito dalla ricollocazione non solo della sede legale, ma anche di quella effettiva dallo Stato di provenienza a quello di destinazione.

La decisione: eccessività della liquidazione e superfluità del trasferimento della sede effettiva

La Corte di Giustizia, su ambo le questioni pregiudiziali proposte, adotta l'interpretazione più liberale, affermando che, salvo che non sia l'unico e non eccessivo mezzo per proteggere i terzi, i diritti nazionali non possono ostacolare i trasferimenti di sedi legali in altri Stati

membri anche quando appunto alla ricollocazione della sede legale non segua quello della sede effettiva ossia della direzione dell'organizzazione societaria. Sebbene non si tratti di una decisione che affronta espressamente il rapporto con la disciplina delle società insolventi o in prossimità dell'insolvenza, il problema del divieto d'abuso ai danni dei creditori sociali e delle restrizioni alla libertà di stabilimento giustificate dalla necessità di prevenire determinate ipotesi di *law shopping* va tenuto ben presente nel ricostruire il quadro teorico e nel ricercare un compromesso accettabile tra libertà di stabilimento e protezione dei soci di minoranza e dei terzi. Ma sul punto ritornerò nel paragrafo che segue.

Prima d'altro, è importante comprendere i passi argomentativi fondamentali che hanno condotto la Corte alle soluzioni sintetizzate nelle due massime, tratte dal dispositivo della sentenza⁸.

Innanzitutto, la Corte ha chiarito⁹ che, “in virtù dell'articolo 49, secondo comma, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE, la libertà di stabilimento delle società citate in quest'ultimo articolo comporta, in particolare, la costituzione e la gestione di tali società alle condizioni definite dalla legislazione dello Stato membro di stabilimento per le proprie società. Comprende quindi il diritto per una società costituita in conformità con la normativa di uno Stato membro di trasformarsi in una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro¹⁰, purché siano soddisfatte le condizioni stabilite dalla normativa di tale ultimo Stato membro e, in particolare, il criterio posto da detto Stato per collegare una società all'ordinamento giuridico nazionale”. Pertanto, in occasione della trasformazione transfrontaliera, la fissazione del-

trasferimento “fittizio” all'estero della sede legale di una s.r.l. già costituita in Italia non comporta il venir meno della giurisdizione italiana ai fini della dichiarazione di fallimento, in *Dir. Fall.*, 2012, II, 142 e segg.; Mucciarelli, *The Hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion*, in *Eur. Com. Fin. Law Rev.*, 2012, 571 e segg.; Latella, *The “COMI” Concept in the Revision of the European Insolvency Regulation*, ivi, 2014, 14 e segg.; Benedettelli, *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da Benedettelli e Lamandini, Milano, 2016, 62.

⁷ Le disposizioni di diritto internazionale privato polacche, formalmente, non ostacolerebbero il trasferimento all'estero della sede (legale) di società nazionali, apparendo peraltro le stesse di contenuto analogo all'art. 25 l. 31 maggio 1995 n. 218. Tuttavia, esiste una prescrizione, contenuta nell'art. 270 del codice polacco sulle società commerciali, secondo la quale la società si scioglie – ma, alla luce delle categorie del diritto societario italiano, si dovrebbe qualificare la fattispecie come “estinzione”, piuttosto che “scioglimento” – per effetto del trasferimento della sede all'estero ed, in virtù del successivo art. 272, lo scioglimento sarebbe subordinato alla previa liquidazione della società stessa. Dunque, in concreto, il mancato completamento della liquidazione osta al trasferimento della società come insieme di rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, perché l'obbligo di estinguerli, quale condizione di cancellazione, equivale a consentire solo il trasferimento di “gusci vuoti” e non di organizzazioni produttive vitali. Di qui la valutazione della Corte di Giustizia UE che la legislazione polacca contenesse misure suscettibili di incidere sulla libertà di stabilimento (*sub specie* di libertà di trasferimento della sede). Sulla disciplina nazionale polacca, con specifico riferimento al caso Polbud, v. Mucha, *Corporate mobility in Europe: new hand in*

corporate shopping after the judgment of the Court of Justice in Polbud-Wykonastwo (C-106/16), reperibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3100156.

⁸ Non essendo questa la sede per la ricostruzione del dibattito teorico che si è sviluppato parallelamente all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di esercizio della libertà di stabilimento attraverso la collocazione della sede sociale in Stati membri diversi da quelli in cui l'attività sia poi stata in concreto svolta, si rinvia in particolare a Ballarino, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Società*, 2003 669 e segg.; Wymeersch, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo, ibidem*, 723 e segg.; Biscaretti di Ruffia-E. Gambaro, *Delle società costituite all'estero*, in *Cod. Civ. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2013, 22 e segg.; così come il più recente studio del Consiglio Nazionale del Notariato (CNN), *Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale*, Studio n. 283-2015/I approvato dal CNN nella seduta del 12-13 gennaio 2016, 9 e segg. reperibile all'indirizzo <http://www.notariato.it/sites/default/files/283-2015-I.pdf>. Per un ampio contributo in lingua inglese Paschalidis, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, 2012, 33 e segg.

⁹ V. il punto 33.

¹⁰ A sostegno dell'affermazione riportata nel testo la Corte cita il proprio precedente Corte giust. CE, 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, EU:C:1988:456, punto 17. Con riguardo ai principi affermati con la decisione *Daily Mail* si segnalano, anche per ulteriori riferimenti, gli scritti di Ballarino e Wymeersch menzionati *supra* alla nota 8.

le condizioni per l'“accoglimento” di una società straniera, che intenda “nazionalizzarsi” in altro Stato membro, è rimessa al diritto di quest'ultimo.

Il ragionamento della Corte prosegue, poi¹¹, “ricorda[nd]o che, in assenza di uniformità nel diritto dell'Unione, la definizione del criterio di collegamento che determina il diritto nazionale applicabile ad una società rientra, conformemente all'articolo 54 TFUE, nella competenza di ciascun Stato membro, avendo tale articolo posto sullo stesso piano la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro d'attività principale di una società come criteri di collegamento”¹². Dunque, a ciascun Stato membro, mancando una regola unica di diritto UE, è concesso di scegliere le condizioni di “accoglimento” nel catalogo predeterminato dal Trattato, essendo sufficiente anche una soltanto di esse. Posto che il diritto lussemburghese – rilevante nel caso di *Polbud* come legge dello Stato di destinazione – individua nella sede legale l'elemento necessario e sufficiente a qualificare come nazionale una società e, per questo, soggetta alla legislazione del Granducato, la Corte di Giustizia conclude per l'illegittimità del rifiuto di cancellazione polacco, in quanto preclusivo della possibilità per la società *Polbud* di stabilirsi nel territorio del Lussemburgo.

Secondo la Corte¹³, la situazione della società costituita in uno Stato membro anche al solo scopo di svolgere l'attività in un altro esercitando la libertà di stabilimento¹⁴ sarebbe del tutto analoga a quella di una società che, costituita ed operante in uno Stato membro, trasferisca in un altro la sola sede legale,

senza ricollocare pure la sede dell'amministrazione o, comunque, il luogo dell'esercizio materiale della propria attività¹⁵. Dunque, “il fatto di stabilire la sede, legale o effettiva, di una società, in conformità alla legislazione di uno Stato membro, al fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa, non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento”¹⁶. In sostanza, si deve provare il ricorrere in concreto di un abuso, ossia di un uso della libertà in contrasto con la sua funzione, contrasto che deve ravvisarsi – ad esempio – nel caso di “soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato”¹⁷.

In questo quadro, ogni limitazione eccessiva che sia imposta al trasferimento di una società dallo Stato membro di partenza risulta illegittima e deve cedere di fronte alla libertà sancita dal Trattato. Tra quelle limitazioni che, nella prospettiva del diritto UE, debbono giudicarsi inaccettabili, v'è – secondo la Corte – il condizionare l'efficacia del trasferimento al previo svolgimento della procedura di liquidazione della società, poiché le “operazioni di liquidazione comprendono la conclusione degli affari correnti e la riscossione dei crediti della società, l'adempimento degli obblighi e la realizzazione degli attivi, il soddisfacimento dei creditori o la costituzione di garanzie in loro favore, la presentazione dei bilanci risultanti da tali operazioni nonché la designazione di un custode dei libri e dei documenti della società in liquidazione”¹⁸ e così fini-

¹¹ Nel successivo punto 34.

¹² La Corte chiarisce che l'argomento già si trovava nella sentenza citata alla nota precedente (v. Corte giust. CE, 27 settembre 1988, C-81/87, *cit.*, punti da 19 a 21). Nel senso che la posizione assunta con la sentenza in commento comporti una sostanziale compressione della facoltà riconosciuta agli Stati membri nella determinazione dei criteri di collegamento di una società con il proprio ordinamento v. Barsan, *op. cit.*, 7 e seg.

¹³ Così al punto 38.

¹⁴ Con la ben nota sentenza *Centros*, i giudici del Lussemburgo avevano già sancito il diritto di costituirsi in uno Stato membro per poi operare in un altro, negando che per ciò solo potesse ravvisarsi un abuso del diritto comunitario da reprimere con il diniego dello stabilimento (Corte giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126, punto 17). Moltissimi sono i commenti pubblicati dedicati a quest'ultima sentenza ragion per cui ci si limita a segnalare senza pretese di esaustività, oltre a lavori di Ballarino e Wymeersch, Deguée, “*Forum shopping*” *usage ou abus de la liberté d'établissement*, in *Rev. Prat. Soc.*, 2000, 51 e segg.; Gestri, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso "Centros"*, in *Riv. Dir. Int.*, 2000, 71 e segg.; Mucciarelli, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, 2000, II, 559 e segg.; Sánchez Lorenzo, *El Derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": La relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario*, in *An. Esp. Der. Int. Priv.*, 2000, 115 e segg.; Munari, Terrile, *The Centros Case and the Rise of and EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 1 e segg.; Perrone, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"*, in *Riv. Società*, 2001, 1292 e segg.; Götz, *Der Vorentwurf für einen Richtlinienvorschlag zur Sitzverlegung von Gesellschaften im Lichte des Centros-Urteils des EuGH*, in *Aktuelle Probleme des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, 2002, 253 e segg.; Wulf-Henning, *From*

Centros to Uberseering: Free Movement of Companies, Private, International Law, and Community, in *Intl. Comp. Law Quart.*, 2003, 177 e segg.

¹⁵ Sul fatto che la situazione di una società costituita in uno Stato per operare effettivamente in un altro (caso *Centros*) sia tanto “analoga” da giustificare pari pari l'applicazione dei medesimi principi nel caso di trasferimento di una società già operante nel primo ordinamento non può darsi aprioristicamente per scontato, perché, soprattutto nella prospettiva della funzione della liquidazione, nel primo caso non v'è instaurazione di rapporti giuridici con i terzi prima dell'esercizio della libertà di stabilimento, mentre, quando si abbia trasformazione transfrontaliera, si ha un'organizzazione preesistente che potrebbe ben aver operato e porre effettivamente in pericolo gli interessi dei terzi. Tuttavia, la diversità si può risolvere – come si vedrà – sul piano dell'adeguatezza delle misure protettive contro gli abusi che, senza impedire il trasferimento all'estero della società, ciascun ordinamento nazionale è legittimato ad introdurre nel rispetto dei criteri fissati dalle norme UE (a riguardo v. Paschalidis, *op. cit.*, 95 e segg.).

¹⁶ Cfr. al punto 40, richiamando ancora Corte giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *cit.*, punto 27, nonché Corte giust. CE, 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, EU:C:2003:512, punto 96. Relativamente a quest'ultima sentenza della Corte di Giustizia, tra i molti commenti editi, si segnalano – anche per ulteriori riferimenti – Ryan, *Will There Ever Be a Delaware of Europe?*, in *Col. Journ. Eur. Law*, 2004, 167 e segg.; Kirchner, Painter, Kaal, *Regulatory Competition in EU Corporate Law after 'Inspire Art': Unbundling Delaware's Product for Europe*, in *Eur. Comp. Fin. Law Rev.*, 2005, 159 e segg.

¹⁷ Così in Corte giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *cit.*, punto 38. In materia di abuso, commentando specificamente la sentenza *Polbud*, v. Barsan, *op. cit.*, 8 e segg.

¹⁸ V. il punto 50.

scono per costituire un mezzo di inaccettabile “restrizione alla libertà di stabilimento” riconducibile all’insieme degli “provvedimenti che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l’esercizio di tale libertà”¹⁹. Infatti, sebbene restrizioni alla libertà di stabilimento siano ammissibili se giustificate da esigenze di interesse generale perseguite con mezzi idonei allo scopo e non eccessivi²⁰ e per quanto siano meritevoli di tutela gli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori²¹, il condizionare il trasferimento in modo generalizzato – cioè, sempre e comunque – al completamento della liquidazione eccederebbe quanto necessario al perseguimento della finalità di protezione di costoro, anche se la Corte si limita ad argomentare in modo esplicito solo con riguardo alla posizione dei creditori, sottolineando che “la costituzione di garanzie bancarie o di altre garanzie equivalenti può offrire una tutela adeguata di tali interessi”²².

Volendo sintetizzare, la Corte conclude che la libertà di stabilimento può essere esercitata, se lo consente la legislazione dello Stato membro di destinazione, mediante trasferimento della sola sede legale in quello Stato e trasformazione della società in un tipo previsto dall’ordinamento di quello stesso Stato, senza che lo Stato di origine possa frapporre ostacoli “generali” al trasferimento, ma potendo esclusivamente richiedere specifiche forme di protezione di interessi generali mediante misure le meno gravose possibili.

Trasferimento di sede all'estero come trasferimento senza liquidazione

La mancanza di una disciplina UE del trasferimento “trasformativo”, cioè del trasferimento di sede sociale in altro Stato membro con adozione di un tipo legale previsto dall’ordinamento di quel “nuovo” Stato, è fonte di incertezze alle quali – come dimostra la sentenza in commento – le giurisprudenze nazionali e comunitaria sono state chiamate più volte a porre rimedio, non riuscendo sempre a dare linee guida adeguate²³.

Per quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte, la fattispecie di trasferimento in discorso presupporrebbe la possibilità e si fonderebbe sulla manifestazione della volontà di cessare l’entità giuridica costituita nell’ambito di un ordinamento e di farne sorgere una diversamente regolata in un altro, ma senza l’estinzione delle precedenti relazioni giuridiche, che “proseguono” transitando da un ente all’altro senza interruzioni. In altre parole, in virtù dell’assunto che le società sono “enti creati da un ordinamento giuridico”²⁴, si farebbe luogo – nella prospettiva fatta propria dalla Corte – ad una successione rispetto ad una società che cesserebbe nel primo ordinamento (quello dello Stato di origine) e ad una seconda che si costituirebbe in un altro (quello dello Stato di destinazione), trasferendo i rapporti giuridici dalla prima alla seconda in regime di continuità; si tratterebbe di una *fictio iuris* di “trasferimento del soggetto”, realizzato mediante “trasferimento dell’oggetto”.

Sul piano della disciplina societaria UE, si avrebbe un fenomeno regolato in modo del tutto analogo alle fusioni mediante incorporazione²⁵ o costituzione di nuova società²⁶, sebbene queste fattispecie contemplino anche l’estinzione di almeno una società fusa; lo stesso sarebbe a dirsi rispetto alle scissioni con estinzione della scissa, in quanto queste determinano la costituzione di almeno due nuove società all’atto dell’estinzione della prima²⁷. La similitudine emerge evidente dall’esposizione contenuta nel *considerando* n. 31 della Dir. n. UE/2017/1132 del 14 giugno 2017 relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, ove è messa in luce l’opportunità che sia concesso agli Stati membri di decidere in merito alle procedure da seguire riguardo alle succursali registrate nel loro territorio, potendo questi imporre sì l’obbligo di preventiva “liquidazione della succursale interessata”, ma non se tali succursali abbiano “un successore legalmente riconosciuto, come in caso di modificazioni della ragione sociale della società, di fusioni o

¹⁹ V. il punto 46, ov’è citata Corte giust. UE, 29 novembre 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, punto 36, a sua volta, nel solco tracciato da Corte giust. CE, 23 ottobre 2008, C-157/07, *Krankenheim Rubesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, ECLI:EU:C:2008:588, punto 30; Corte giust. CE, 6 dicembre 2007, C-298/05, *Columbus Container Services*, ECLI:EU:C:2007:754, punto 34; Corte giust. CE, 5 ottobre 2004, C-442/02, *CaixaBank France*, ECLI:EU:C:2004:586, punto 11.

²⁰ Lo ricorda la Corte al punto 52, rifacendosi, nuovamente, al precedente *National Grid Indus* (cfr. il punto 42).

²¹ V. il punto 54.

²² Testualmente dal punto 58.

²³ Ne sono dimostrazione le difese dello Stato polacco e le osservazioni del governo austriaco nel procedimento pregiudiziale terminato con la sentenza in commento, poiché sia le une che le altre pretendevano di trovare fondamento in precedenti decisioni della Corte di Giustizia, la quale, in concreto, reinterpreta le proprie anteriori statuizioni, “chiarendone” portata e senso (cfr. in particolare i punti 30, 33, 34 e 43).

²⁴ La definizione è in Corte giust. CE, 27 settembre 1988, C-81/87, *cit.*, punto 19. A riguardo v. anche Benedettelli, *Sul trasferi-*

mento della sede sociale all'estero, cit., 1253 e seg.

²⁵ Ed, infatti, l’art. 89 della Dir. n. UE/2017/1132 stabilisce che: “ai fini del presente capo, per “fusione mediante incorporazione” si intende l’operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un’altra l’intero patrimonio attivo e passivo mediante l’attribuzione agli azionisti della società o delle società incorporate di azioni della società incorporante”.

²⁶ Analogamente a quanto riportato alla nota precedente con riguardo alla fusione per incorporazione l’art. 90 della medesima Direttiva UE descrive la fusione mediante costituzione di una nuova società come “l’operazione con la quale più società, tramite il loro scioglimento senza liquidazione, trasferiscono a una società che esse costituiscono l’intero patrimonio attivo e passivo mediante l’attribuzione ai loro azionisti di azioni della nuova società”.

²⁷ *Mutatis mutandis*, ai sensi dell’art. 155 della Direttiva in parola, la scissione mediante costituzione di nuove società è “l’operazione con la quale una società, tramite il suo scioglimento senza liquidazione, trasferisce a più società di nuova costituzione l’intero patrimonio attivo e passivo mediante l’attribuzione agli azionisti della società scissa di azioni delle società beneficiarie”.

scissioni, o di trasferimento transfrontaliero della sua sede sociale”.

Dunque, per quanto neppure in virtù della Direttiva da ultimo menzionata siano stati compiuti interventi nel campo dei trasferimenti di sede intra-UE con il mutamento della *lex societatis* (e – per questa via – con l’adozione da parte della “trasferita” di una delle forme giuridiche dello Stato di destinazione), il principio della continuità nonostante la cessazione della società nell’ordinamento di provenienza non risulta estraneo al diritto dell’Unione ed, anzi, sembra affondare solide basi proprio nella libertà di stabilimento invocata da *Polbud* nella controversia decisa dalla Corte di Giustizia con la sentenza in commento²⁸. Il profilo della piena continuità dei rapporti giuridici emerge come essenziale nell’ambito della disciplina della fattispecie e trova ancoraggio in uno dei principi fondamentali sanciti dai Trattati, con la conseguenza che, per effetto delle garanzie che assistono la libertà di stabilimento, le limitazioni assumono carattere eccezionale e si legittimano esclusivamente in casi e con modalità particolari. Ciò è tanto vero che la Corte giunge ad affermare che per la “trasformazione transfrontaliera” – ossia sul presupposto che vi sia continuità di rapporti giuridici con i soci, i lavoratori, i creditori, ecc. – non possono essere introdotte “condizioni più restrittive di quelle che disciplinano la trasformazione di una società all’interno dello Stato membro”²⁹, escludendo la compatibilità con i Trattati di qualunque norma “impedisca o dissuada la società in parola dal procedere a tale trasformazione transfrontaliera”³⁰.

Segue: le potenzialità espansive della soluzione accolta dalla Corte di Giustizia

L’impostazione accolta dai giudici del Lussemburgo, per il fondamento generale che la caratterizza, appare suscettibile di estendersi oltre lo specifico ambito tracciato dalla vicenda materiale sottoposta all’attenzione della Corte in via pregiudiziale. In particolare, essa può trovare applicazione anche in altre situazioni, come potrebbero essere quelle che si avverano allorché soggetti – diversi dalle società (associazioni, fondazioni ed altri enti anche non associativi) – costituiti in altro Stato membro ma aventi la sede dell’amministrazione oppure l’oggetto principale della loro attività in Italia decidano di trasformarsi in società di capitali, scegliendo la legge italiana quale *lex societatis*; infatti, l’art. 2500 *octies* c.c., che già non sembra porre limiti di statuto personale del trasformando in funzione di ammetterne la trasformazione in società di capitali³¹ e tenuto conto della previsione della lett. c) del 2° comma dell’art. 25, L. n. 218/95, andrebbe comunque applicato in senso liberale quanto alla possibilità di far ricorso alla trasformazione in società del tipo in questione³². Il principio di libertà di stabilimento, come declinato anche nella decisione in commento rispetto al trasferimento “trasformativo”, dovrebbe contribuire a sostenere che non si possano frapporre ostacoli, già nell’attuale quadro legale, neppure alle scissioni transfrontaliere con la partecipazione di società con sede legale in altri Stati membri che si rendano beneficiarie dell’assegnazione di parti di patrimonio di società scisse italiane³³.

²⁸ In altro commento alla medesima sentenza è stato condivisibilmente sostenuto che “è vero quindi che può essere opportuno un intervento legislativo per disciplinare le prassi dei registri delle imprese o per assegnare ai creditori delle società interessate strumenti di reazione alla trasformazione transfrontaliera, al pari di come è previsto per le fusioni, ma non è agevole negare che il diritto alla trasformazione transfrontaliera sia già affermato dall’ordinamento comunitario e che gli Stati membri ne debbano prendere atto, adeguandovi le proprie disposizioni di diritto interno” (v. De Luca, Gentile, Schiavottello, *op. cit.*, 11). Per una critica all’approdo della Corte v. Mucha, *op. cit.*, 24 e segg.

²⁹ V. il punto 43.

³⁰ V. ancora il punto 43, ove sono richiamate Corte giust. CE, 27 settembre 1988, C-81/87, *cit.*, punti da 19 a 21; Corte giust. CE, 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, punti da 109 a 112; Corte giust. CE, 12 luglio 2012, C-378/10, *VALE*, ECLI:EU:C:2012:440, punto 32. In dottrina, recentemente, Damascelli, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero con mutamento della legge applicabile*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2015, 871, il quale scriveva che “la mobilità intracomunitaria delle società è assicurata in maniera pressoché completa, al giorno d’oggi rimanendo precluso unicamente il trasferimento di sede con cambio della legge applicabile verso Stati membri che non conoscano una disciplina materiale sulla trasformazione delle società”. Tuttavia, com’è evidente per la decisione in commento, che peraltro si esprime esclusivamente sulla fattispecie con modifica della legge applicabile, mancava ancora una presa di posizione sul trasferimento della sola sede legale (restando dov’è quella dell’amministrazione).

³¹ La disposizione codicistica non fa distinzioni di nazionalità, residenza, statuto personale; quindi, se si condivide l’idea che l’elencazione delle ipotesi di trasformazione in società di capitali non abbia carattere tassativo (v., anche per ulteriori riferimenti,

Sarale, *Le trasformazioni*, in *Tratt. Dir. Comm.*, diretto da Cottino, V, Padova, 2011, 370 e seg.), dovrebbe ammettersi l’utilizzabilità della trasformazione da parte anche di soggetti diversi da quelli indicati nella disposizione in questione, diversamente il diritto italiano potrebbe trovarsi ad essere incompatibile con il principio della libertà di stabilimento nel senso che un soggetto UE già stabilito in Italia incontrerebbe un ostacolo al pieno esercizio di tutti i diritti invece esercitabili da cittadini/residenti italiani, trovandosi così in una situazione di disparità rispetto a questi ultimi.

³² Oltre tutto, l’ammissibilità della trasformazione spiegherebbe il positivo effetto – dal punto di vista dell’ordinamento italiano – di ricondurre integralmente nell’alveo della disciplina nazionale, ad esempio, società estere (ed altri enti) altrimenti soggette ad esso solo nella misura indicata dall’art. 2509 c.c., favorendo un miglior tutela degli interessi meritevoli di protezione secondo l’ordinamento giuridico italiano (v., seppur con riferimento all’applicazione dell’art. 2509, Benedettelli-Leandro, *art. 2509*, in *Delle società – Dell’azienda – Della concorrenza* a cura di Santosuosso, in *Comm. del Cod. Civ.*, diretto da Gabrielli, Milano, 2015, 1715).

³³ È noto, infatti, che il diritto UE abbia per ora regolato in modo espresso le sole fusioni transfrontaliere, anche se, è da segnalare, presso Parlamento Europeo e Commissione sono in corso attività funzionali a giungere ad una disciplina UE anche delle scissioni transfrontaliere proprio al fine di assicurare la possibilità del pieno esercizio della libertà di stabilimento, riducendo il rischio di possibili abusi. V. sia la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni* del 25 ottobre 2016 contenente il *Programma di lavoro della Commissione per il 2017*, che la più recente *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 giugno 2017 sull’attuazione delle fusioni e scissioni transfrontaliere (2016/2065(INI))* reperibile all’indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8->

D'altro canto, va messo in luce che la possibilità di modificare la *lex societatis* mediante il mero trasferimento della sede legale in altro Stato membro, senza modifica della sede effettiva, presuppone che lo Stato di destinazione non richieda esso stesso – quale criterio di assoggettamento della società alla propria legge nazionale – anche la delocalizzazione sul suo territorio della direzione dell'organizzazione societaria³⁴. Infatti, come esplicitamente chiarito nella sentenza in commento, resta nel potere di ciascuno Stato membro la fissazione dei criteri di collegamento con la propria legge, scegliendo tra quelli indicati dall'art. 54 TFUE.

Divieto di restrizioni “generalì” al trasferimento di sede legale all'estero

Alla Corte è stata poi sottoposta la questione “se uno Stato membro possa adottare misure atte a impedire che, in presenza delle possibilità offerte dal Trattato, i suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero della propria legge nazionale, tenuto conto del fatto che, secondo una consolidata giurisprudenza, uno Stato membro può adottare simili misure”. La risposta dei giudici è, ovviamente, di segno affermativo. Tuttavia, facendo una disamina delle misure di cui la legge polacca prevedrebbe l'applicazione prima di consentire il trasferimento trasformativo, la Corte conclude che, in concreto, quella legislazione stabilisce restrizioni eccessive, dal momento che richiede, imponendo la liquidazione, “la conclusione degli affari correnti e la riscossione dei crediti della società, l'adempimento degli obblighi e la realizzazione degli attivi, il soddisfacimento dei creditori o la costituzione di garanzie in loro favore, la presentazione dei bilanci risultanti da tali operazioni nonché la designazione di un custode dei libri e dei documenti della società in liquidazione”³⁵. Si tratta certamente di una serie di regole, quelle attinenti alla liquidazione, che mirano a tutelare interessi meritevoli e che, secondo il diritto UE³⁶, possono giustificare restrizioni della libertà di stabilimento. Però, la Corte conclude che “tale normativa prevede, generalmente, un obbligo di liquidazione, senza tener conto del rischio effettivo di una lesione degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei dipendenti e senza che

sia consentito optare per misure meno restrittive capaci di salvaguardare detti interessi”³⁷; dunque, finisce per includere una previsione che si risolve in “una presunzione generale di esistenza di un abuso”, come tale sproporzionata³⁸. In altre parole, gli Stati membri possono sì introdurre disposizioni a tutela di interessi generali, ma debbono individuare misure specifiche idonee a proteggerli, senza incidere in via generale sulla possibilità di deliberare ed attuare il trasferimento della sede all'estero³⁹.

La soluzione accolta è, senza dubbio, condivisibile⁴⁰, anche alla luce del fatto che lo stesso diritto dell'Unione contiene altre disposizioni già finalizzate ad assicurare la protezione degli interessi generali (dei creditori, dei lavoratori, ecc.) contro gli abusi perpetrati attraverso la sottrazione di una società alla giurisdizione “naturale”, escludendo così la proporzionalità di limitazioni “generalì” allo stabilimento in altro Stato membro⁴¹. Inoltre, l'esigenza di protezione di quegli interessi può presentare un diverso grado a seconda delle situazioni nelle quali il trasferimento di sede è realizzato. Infatti, il criterio di proporzionalità nel cui rispetto possono introdursi restrizioni alla libertà di trasferimento della sede postula la valutazione della situazione della concreta situazione della società e dei contrapposti interessi meritevoli di tutela al momento del trasferimento. Possono variare le situazioni di fatto⁴², ma anche quelle di diritto⁴³ e, spesso, entrambe. Possono sussistere regole protettive degli interessi tutelati anche dalle norme sulla liquidazione comunque applicabili nel caso di trasferimento della sede; cioè, può essere che, imponendo la liquidazione per proteggere i creditori piuttosto che i soci di minoranza, si duplichi una tutela a questi assicurata da disposizioni dell'ordinamento dello Stato di destinazione. Tutto ciò significa che possono essere giudicate legittime solo le restrizioni che operino in relazione a specifiche situazioni concrete di volta in volta individuate e negli stretti limiti in cui quelle situazioni richiedano un intervento protettivo alla luce della meno tutelante – o, addirittura, assente – disciplina dello Stato ove la sede dovrebbe essere trasferita. Pur non potendo in questo commento ripercorrere tutte le

TA-2017-0248+0+DOC+PDF+V0//IT. Riguardo all'ammissibilità delle scissioni transfrontaliere di cui siano parte anche società soggette anche ad ordinamenti diversi da quello italiano v. Bertolotti, *Scissione di società*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2015, 102 e segg.

³⁴ In tal senso Soegaard, *op. cit.*, 24, ove si nota che, pertanto, la sentenza apre alla concorrenza esclusivamente tra gli ordinamenti i quali abbiano indicato la sede legale tra i criteri di connessione a norma dell'art. 54 TFUE.

³⁵ Cfr. il punto 50.

³⁶ Corte giust CE, 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, ECLI:EU:C:1999:575, punto 36; Corte giust CE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632, punto 92; Corte giust CE, 30 settembre 2003, C-167/01, *cit.*, punto 132; Corte giust. CE, 13 dicembre 2005, C-411/03, *SEVIC Systems*, ECLI:EU:C:2005:762, punto 28; Corte giust CE, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, ECLI:EU:C:2007:772, punto 77; Corte giust UE, 21 dicembre 2016, C-201/15, *AGET Iraklis*,

ECLI:EU:C:2016:972, punto 73.

³⁷ Così al punto 50.

³⁸ Tale conclusione è riportata al punto 64.

³⁹ Sottolinea Soegaard, *op. cit.*, 24, che la Corte subordina la legittimità delle restrizioni al cd. *Gebhard test* il cui terzo requisito (di appropriatezza) non risulterebbe soddisfatto. Sull'applicazione del predetto test in materia di trasferimenti di sede intra-UE v. Mucciarelli, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 122 e seg.

⁴⁰ Così anche Soegaard, *op. cit.*, 24.

⁴¹ V. anche Mucciarelli, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 122 e seg.

⁴² Ad esempio, se l'attività della società sia in crescita piuttosto che in crisi; se, ancora, vi siano soci di minoranza e con quote percentuali di partecipazione al capitale.

⁴³ Ad esempio, il grado di armonizzazione delle regole fiscali, societarie, giuslavoristiche, concorsuali previste negli Stati interessati dal trasferimento.

norme UE che provvedono ad assicurare una tutela in concreto degli interessi che lo Stato polacco avrebbe inteso proteggere imponendo il ricorso alla liquidazione⁴⁴, è utile soffermarsi – come si farà nel paragrafo che segue – sul rapporto tra la libertà di stabilimento e la disciplina delle situazioni d'insolvenza, che costituiscono momenti più critici per la tutela degli interessi esterni alla società nella fase prossima alla sua cessazione⁴⁵.

Libertà di trasferimento della sede e trasferimento del COMI in rapporto al Reg. UE n. 848/2015

Libertà di stabilimento e protezione dei terzi sono a rischio di confliggere sempre più allorché un'impresa si approssimi all'insolvenza e neppure il legislatore UE

si è sottratto all'onere di ricercare una composizione equa degli interessi in gioco. Per situazioni di quel tipo è stata introdotta la disciplina dell'insolvenza contenuta nel Reg. UE 20 maggio 2015, n. 848, che appronta norme (inderogabili) volte ad impedire l'effetto di *law shopping* dei trasferimenti transfrontalieri, ivi compresi quelli “trasformativi”, in danno dei creditori e degli altri terzi, quando la società si trovi in situazioni di pre-insolvenza o di insolvenza⁴⁶. Da un lato, infatti, consente di aprire procedure di insolvenza a carico delle società anche in Stati diversi da quello in cui è collocata la sede legale, posto che radica la giurisdizione concorsuale sulla base del criterio del *centre of main interests*, collegando alla sede legale soltanto una presunzione superabile⁴⁷; dall'altro, san-

⁴⁴ Proprio per la necessità che le restrizioni siano “specifiche”, e non “general” come accade imponendo *tout court* l'esperimento della liquidazione della società, il diritto UE ammette l'adozione solo di misure “mirate” alla tutela di specifici interessi di rilievo generale altrimenti lasciati in balia delle decisioni dei soci di maggioranza e la sentenza della Corte di Giustizia prende in considerazione quelli dei soci minoritari, dei creditori e dei lavoratori. Seppur non sia stata adottata la Quattordicesima Direttiva in materia di trasferimento, alla quale s'è fatto cenno *supra* alla nota 3, non mancano norme UE che, sul presupposto del trasferimento della sede dell'impresa da uno Stato membro all'altro, approntino tutele a beneficio di soci minoritari, creditori e lavoratori; ne sono esempio la Dir. n. 2009/133/CE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri (v. per un'ampia ricostruzione del rapporto tra libertà di stabilimento, potere impositivo e repressione degli abusi in materia fiscale Dorigo, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Padova, 2012, 114 e segg.; per una recentissima applicazione del principio di libertà di stabilimento rispetto alla protezione degli interessi fiscali Corte giust. UE, 14 settembre 2017, C-646/15, *cit.*, punti 36 e segg.), la Dir. n. 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (a riguardo si rinvia a Rescio, *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla Direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2007, 41 e segg.), il Regolamento n. 2003/1435/CE che istituisce la Società Cooperativa Europea (proprio in relazione alla problematica dei trasferimenti transfrontalieri di sede Mucciarelli, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, *cit.*, 127 e segg.), il Reg. n. 2001/2157/CE che istituisce la Società Europea (relativamente ai profili connessi con il trasferimento di sede, oltre allo studio di Mucciarelli ancor da ultimo citato, v. Boggio, *Le holding societarie e la Società Europea*, in *Le società holding nell'Unione europea*, a cura di Dalla Verità, Milano, 2013, 26 e segg.), la Dir. n. 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (per un commento ed ulteriori riferimenti anche alla giurisprudenza UE si rinvia ai vari contributi pubblicati nel volume AA.VV., *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di Ficari, Milano, 2006, *passim*, nonché a Lamandini, voce *Società Europea*, in *Enc. Dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 1124; cui *adde*, più in generale sull'evoluzione della giurisprudenza UE in materia di protezione dei lavoratori in occasione dei trasferimenti della sede sociale, Crespi S., *Trasferimento di sede all'estero, cambiamento della lex societatis e tutela dei lavoratori a seguito delle sentenze UE Cartesio e VALE*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2016, 189 e segg.). È da segnalare che la Direttiva n. 2009/133/CE contiene una disposizione specifica a regolamentazione di quella tipica fattispecie di abuso rappresentata dall'evasione/elusione fiscale, prevedendo una presunzione in tal senso se “l'operazione non sia effettuata per valide ragioni economiche,

quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione” (cfr. art. 15, paragrafo 1, lett. a). Su limiti ed abuso del diritto di stabilimento v. Santa Maria, Biscaretti di Ruffia, *Le società estere*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 110 e segg.; ancora Paschalidis, *op. cit.*, 95 e segg.

⁴⁵ Nell'ambito del procedimento, il governo polacco e quello austriaco avevano sostenuto l'estraneità – rispetto al perimetro della libertà di stabilimento – della fattispecie del trasferimento della sede legale in altro Stato membro senza contemporaneo insediamento dell'attività in quel medesimo Stato ed, infatti, la Corte scrive – al punto 30 – che i due governi avevano eccepito che “la libertà di stabilimento non può essere invocata quando il trasferimento non è motivato dall'esercizio di un'attività economica effettiva attraverso l'insediamento in pianta stabile nello Stato membro ospitante”. È vero che non necessariamente in situazioni d'insolvenza si giunge alla cessazione, ma è altrettanto vero che in quelle situazioni di norma gli ordinamenti assegnano alla liquidazione concorsuale lo scopo di proteggere gli interessi di tutti i creditori attraverso la massimizzazione del valore degli attivi del debitore in funzione di assicurare la maggiore attuazione possibile delle obbligazioni in essere e dimostrazione di ciò ne è il *Preambolo* alla Legge Modello Uncitral (cfr. lettere *b-c-d*), che – come noto – è stata elaborata sulla base di principi che “riflettono la prassi transfrontaliera” (v. Uncitral, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*, New York, 2014, 19).

⁴⁶ Sul fatto che non sia vietato il *forum shopping* concorsuale, ma il suo abuso, si consenta di rinviare da ultimo a Boggio, *COMI, dipendenza e procedure secondarie a carico di società controllate nel Reg. CE n. 1346/2000 (e del Reg. UE n. 848/2015)*, in *Giur. It.*, 2016, 1935 e segg.; sull'abuso del *forum shopping* anche Goode, Kronke, McKendrick, *Transnational Commercial Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2015, 510; Leandro, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in *Tratt. Proc. Conc.*, diretto da Jorio e Sansani, Milano, 2015, III, 862; Paschalidis, *op. cit.*, 211 e segg. Sull'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina UE relativa alle procedure d'insolvenza anche a situazioni di pre-insolvenza v. Boggio, *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. It.*, 2018, 232 e seg.

⁴⁷ Così l'art. 3, par. 1, 2° comma, primo periodo, Reg. UE n. 848/15 ov'è chiarito che “per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede legale”. Sulla questione dell'identificazione del *centre of main interests* in caso di trasferimento della sede legale v. la recente Corte giust. UE, 24 maggio 2016, C-353/15, *Leonmobili*, ECLI:EU:C:2016:374, punti da 35 a 41, commentata da Boggio, *Centre Of Main Interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale ...*, *cit.*, 379 e segg. (ove anche ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici in ordine al COMI) e, più brevemente, da Conti, *Trasferimento della sede statutaria di una società in un altro stato membro*, in *Corr. Giur.*, 2016, 1302.

cisce l'inapplicabilità di tale presunzione se i trasferimenti della sede siano stati compiuti nei tre mesi anteriori al deposito della domanda di apertura della procedura d'insolvenza⁴⁸. Disciplinando la giurisdizione concorsuale e con questa garantendo l'affidamento dei creditori e degli altri terzi in ordine non solo al giudice competente, ma anche alle regole materiali applicabili in situazioni di pre-insolvenza e di insolvenza, il legislatore UE ha posto una serie di regole inderogabili a livello di Unione, che garantiscono la prevenzione dagli abusi caratterizzati dai (tardi) tentativi di fuga verso giurisdizioni e legislazioni concorsuali più benevole per il debitore, che, invece, aveva operato con i terzi da altre men favorevoli sulle quali, appunto, questi ultimi avevano ormai fatto legittimo affidamento. Le disposizioni del Regolamento cit. non ostano al trasferimento della sede legale, ma riflettono un principio secondo il quale, solo quando il trasferimento sia stato effettivo – e non solo formale (quindi, eventualmente finalizzato a sottrarsi alla giurisdizione dello Stato di provenienza) – e tale effettività sia stata concretamente percepita dai terzi, quel trasferimento può incidere su determinati aspetti di rilievo⁴⁹ della regolamentazione (concorsuale) dei rapporti tra debitore, creditori e pubblici poteri. Ciò perché il criterio della giurisdizione concorsuale è fondato sulla cd. *comity doctrine*, cioè sulla localizzazione del *centre of main interests*, e non sulla sede legale, che – come accennato – rappresenta soltanto il mezzo per individuare in via presuntiva il luogo di posizionamento del *centre of main interests* (cd. COMI).

Volendo fare un passo oltre nel ragionamento esposto dalla Corte nella sentenza in commento, occupandosi il Regolamento cit. dei trasferimenti di sede, è evidente che la tutela degli interessi di chi sia in rapporti con la società, quando questa entri in crisi e possa essere sottoposta ad una delle procedure elencate nell'Allegato A al Regolamento stesso, è assegnata al diritto dell'Unione e sfugge alle norme nazionali, non potendosi invocare neppure – come, invece, fatto dal governo austriaco – l'argomento del non-trasferimento della sede effettiva. È il Regolamento stesso

che fissa il bilanciamento d'interessi e mette un argine alla libertà di stabilimento per tutto il territorio dell'Unione in caso di crisi dell'impresa, ancorando le tutele imperative di soci, creditori e lavoratori delle società insolventi o “probabilmente” insolventi all'ordinamento di effettivo esercizio dell'attività in modo conoscibile da parte dei terzi.

Prima di concludere sul tema dei rapporti libertà di trasferimento della sede e disciplina UE dell'insolvenza una questione va ancora segnalata. Con il trasferimento della sede legale, pur nella permanenza del COMI nello Stato di provenienza, muta la *lex societatis* e, quindi, possono modificarsi le regole concretamente applicabili alle condotte degli organi sociali pregiudizievoli per la società, i soci, i creditori e, più in generale, i terzi. La Corte di Giustizia, in altra occasione⁵⁰, ha precisato che l'applicazione di norme riconducibili alla *lex concursus* – dunque, appartenenti alla legge dello Stato in cui è aperta una procedura d'insolvenza – non incontrano un limite invalicabile nella libertà di stabilimento⁵¹; da ciò s'è inferito che neppure la disciplina delineata dalla *lex societatis*, quando sia divenuta applicabile per effetto dell'esercizio della libertà di stabilimento, può escludere le regole proprie della *lex concursus*⁵². Il punto focale sta nella protezione dell'affidamento legittimamente ingeneratosi nei terzi riguardo all'applicazione di una determinata legge nazionale e nell'assenza di abusi allorché vi sia stato il “passaggio” a quest'ultima. Il diritto UE pone un principio di libertà di scelta, che si esaurisce se l'esercizio di tale libertà sconfini in un abuso, abuso che si presume sussistere se il trasferimento della sede sia avvenuto cronologicamente in prossimità dell'apertura della procedura d'insolvenza, come dimostra – ai fini della disciplina della giurisdizione concorsuale – la previsione contenuta nell'art. 3, paragrafo 1, comma 4°, Reg. UE n. 848/2015.

In altre parole, coordinando la decisione in commento con quanto emerge dal citato precedente del 2015, emerge un approccio del diritto UE che si sostanzia nel riconoscimento della libertà di mutare efficacemente – per mezzo del trasferimento di sede in

⁴⁸ Infatti, il secondo periodo del citato art. 3, par. 1, 2° comma, Reg. UE n. 848/15 prosegue precisando che “tale presunzione si applica solo se la sede legale non è stata spostata in un altro Stato membro entro il periodo di tre mesi precedente la domanda di apertura della procedura d'insolvenza”. Ciò, peraltro, non significa che sussista una presunzione, opposto, secondo la quale il *centre of main interests* permarrrebbe nel precedente luogo di collocazione della sede legale della società (sul punto v. Boggio, *Centre Of Main Interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale ...*, cit., 382; cui *adde* Crespi Reghizzi, *La disciplina della giurisdizione in materia di insolvenza: il Reg. UE n. 2015/848*, in *Giur. It.*, 2018, 261).

⁴⁹ Il Reg. n. 848, sebbene disciplini anche taluni aspetti sostanziali, per molti altri funge da disciplina internazionalprivatistica della giurisdizione e della legge applicabile, lasciando, peraltro, alcuni profili alla disciplina generale (es.: disciplina dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali per i contratti destinati a proseguire in pendenza delle procedure d'insolvenza).

⁵⁰ V. Corte giust. UE, 10 dicembre 2015, C-594/14, *Kornbaas*,

commentata in *Giur. It.*, 2016, 1641 e segg. da Boggio, *Pagamenti illeciti anteriori alla dichiarazione di insolvenza (internazionale) tra lex societatis e lex concursus: azioni restitutorie ed azioni di responsabilità al bivio* e in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2017, 1853 e segg. da Szydło, *Directors' duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after Kornhaas*.

⁵¹ Tuttavia, si osserva – in Szydło, *op. cit.*, 1859 e segg., ov'è citata anche l'opposta posizione di Pannen, Riedemann, *Article 4. Law applicable*, in *European Insolvency Regulation. Commentary*, Berlin-Boston, 2007, 229 e seg. e di Ringe, Willemer, *Zur Anwendung von § 64 GmbHG auf eine englische Limited*, in *NZG*, 2010, 57 – che può aversi conflitto tra le norme sostanziali ricomprese nella *lex concursus* con il principio della libertà di stabilimento, contrasto da risolversi con la prevalenza del secondo sulle prime.

⁵² Comunque, è d'uopo ricordare che l'art. 7 Reg. UE n. 848/2015 è norma di conflitto, ragion per cui le norme nazionali richiamate non godono di nessuna presunzione di compatibilità con la libertà di stabilimento con la conseguenza che tale compatibilità va, di volta in volta, accertata (così Szydło, *op. cit.*, 1860).

altro Stato membro – lo statuto personale della società anche prossime all’insolvenza, sotto condizione che non risulti la volontà di conseguire vantaggi qualificabili come abusivi, perché lesivi dell’affidamento dei terzi nell’applicazione di determinate regole ai loro rapporti con la società trasferita ed i suoi organi. In questo senso il problema di rapporti tra leggi applicabili, potenzialmente in contrasto, non è risolto per mezzo della preminenza della libertà di stabilimento, in quanto essa non si spinge sino a consentire di adottare condotte pregiudizievole per i terzi in situazioni d’insolvenza⁵³.

Una conclusione sui limiti d’intervento per gli Stati membri nei casi di trasferimenti “trasformativi”

In considerazione di quanto esposto nei paragrafi che precedono è evidente che, per quanto non sia giunto a compimento il processo di adozione della 14^a direttiva, il diritto dell’Unione – come interpretato attraverso la lente della sentenza in commento – lascia ben pochi spazi d’intervento agli Stati membri in materia di disciplina dei trasferimenti di sede “trasformativi”, ossia con adozione di un tipo societario proprio dello Stato in cui sia ricollocata la sede legale della società. Infatti, pur vietati gli abusi che gli Stati possono tentare di prevenire o reprimere con regole restrittive, proseguendo il cammino intrapreso con la sentenza *Centros*, la Corte di Giustizia è giunta a riconoscere che “il fatto di stabilire la sede, legale o effettiva, di una società, in conformità alla legislazione di uno Stato membro, al fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa, non può costituire di

per sé un abuso del diritto di stabilimento”⁵⁴. Come si è visto però, a temperamento degli “eccessi di libertà” di stabilimento, le norme UE già intervengono a protezione di molti interessi meritevoli di particolare tutela nell’ottica di un accettabile equilibrio tra interesse del singolo ed interessi altrui. Dunque, solo fuori da quelle condizioni di crisi d’impresa a cui s’è fatto cenno e salvo che il diritto dell’Unione non preveda già ulteriori tutele specifiche (com’è nel caso della Società Europea⁵⁵, della Società Cooperativa Europea⁵⁶ e delle fusioni transfrontaliere), è concesso agli Stati membri non di frapporre ostacoli al trasferimento, ma di “accompagnarlo” con garanzie ulteriori rispetto a quelle normalmente applicabili nei casi di trasferimenti di sede “domestici”, sotto condizione che quelle forme di protezione siano in concreto necessarie e comunque commisurate allo scopo per il quale siano introdotte⁵⁷. La Corte, nella sentenza in commento⁵⁸, fa l’esempio della “costituzione di garanzie bancarie o di altre garanzie equivalenti” a protezione dei creditori esistenti al momento del trasferimento di sede. Ma analogo ragionamento potrebbe farsi per la protezione dei soci dissenzienti, prevedendo – ad esempio – il diritto di recedere dalla società in ragione dell’approvazione della deliberazione di trasferimento⁵⁹, così come per quella dei lavoratori, stabilendo che, in difetto di un accordo sindacale, il trasferimento non possa giustificare il licenziamento se non all’esito di un periodo nel quale siano attivati gli ammortizzatori sociali o siano sperimentata l’esecuzione di un piano di ricollocamento degli stessi eventualmente concordato con l’autorità pubblica⁶⁰.

⁵³ Questa soluzione è chiaramente espressa da Corte giust. UE, 10 dicembre 2015, C-594/14, *cit.*, al punto 28 come sottolinea Szydło, *op. cit.*, 1862.

⁵⁴ V. il punto 40 della sentenza in commento che richiama, in tal senso, Corte giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *cit.*, punto 27; Corte giust. CE, 30 settembre 2003, C-167/01, *cit.*, punto 96.

⁵⁵ Si leggano in proposito i paragrafi da 2 a 16 dell’art. 8 del Reg. n. 2001/2157/CE, che prevedono tutele informative, dilazioni degli effetti del trasferimento, cause ostative, regole di giurisdizione, ecc. Peraltro, il Regolamento esplicita che, in linea di principio, “la SE deve avere la facoltà di trasferire la sua sede sociale in un altro Stato membro”, ma, proprio perché “deve essere prevista un’adeguata e congrua tutela degli interessi degli azionisti di minoranza, dei creditori e dei titolari di altri diritti”, “il trasferimento non deve pregiudicare i diritti acquisiti prima dello stesso”, ragion per cui sono ammesse restrizioni non “eccessive” al trasferimento della sede della Società Europea (cfr. i *considerando*, nn. 5 e 24).

⁵⁶ I paragrafi da 2 a 16 dell’art. 7 del Regolamento relativo allo statuto della Società Cooperativa Europea prevede tutele sostanzialmente analoghe a quelle previste dal Regolamento relativo allo statuto della Società Europea, alle quali s’è fatto cenno alla nota precedente.

⁵⁷ È quanto accade con il cd. *tax deferral* ossia con il differimento della riscossione dell’imposta sulle plusvalenze latenti non al momento del trasferimento della sede in altro Stato membro, ma in quello del realizzo delle predette plusvalenze (su questi aspetti, anche commentando la già citata sentenza *National Grid Indus*, v. Turri, *Trasferimento di sede all’estero di una società: profili civilistici e fiscali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2017, 445 e segg.; sulla questione anche la recentissima Corte giust. UE, 14 settembre 2017, C-646/15, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements*, ECLI:EU:C:2017:682, punto 59, che si può

leggere in *Corr. Trib.*, 2017, 3352 e segg. commentata da Papotti, Setti della Volta, *I trust, la libertà di stabilimento e la tassazione dei plusvalori latenti in caso di exit*).

⁵⁸ In tal senso al punto 58. Per una recente indagine in ordine alle tecniche di tutela dei soci e dei creditori rispetto a determinati effetti delle operazioni straordinarie v. Vicari, *L’armonizzazione europea del diritto societario in materia di operazioni straordinarie*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da Benedetti e Lamandini, Milano, 2016, 483 e segg.

⁵⁹ Come stabilito dall’art. 7, par. 5, Reg. n. 2003/1435/CE, che sancisce anche il conseguente diritto di rimborso regolato espressamente dal successivo art. 16 a beneficio del socio dissenziente di SCE. Analoga soluzione è stata successivamente oggetto della *Raccomandazione n. 4* espressa dal Parlamento Europeo, allorché richieste, nel 2012, alla Commissione di “proposta relativa ad una direttiva sul trasferimento transfrontaliero delle sedi societarie” [v. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 recante raccomandazioni alla Commissione su una 14a direttiva di diritto societario in materia di trasferimenti transfrontalieri di sedi di società* (2011/2046(INI)) reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012IP0019&from=EN>, ove, come si può facilmente constatare, fu già espressa una serie di linee guida che ricalcavano, per lo più, e “generalizzavano” l’applicazione delle disposizioni “protettive” già previste in materia di SE e di SCE].

⁶⁰ Nel già citato caso *AGET Iraklis*, è stato messo in luce che le esigenze dell’impresa, tutelate con la libertà di stabilimento ed il diritto di iniziativa economica sancito dall’art. 16 CDFUE, debbono contemperarsi con le “condizioni del mercato del lavoro, (...) nonché dell’interesse dell’economia nazionale” (v. Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, C-201/15, *cit.*, punto 26). Dunque, mentre regole che impediscano il trasferimento sarebbero contrarie al

Segue: l'impatto dei principi affermati nella sentenza *Polbud* sul diritto italiano

Tutto questo porta a concludere che, alla luce del disposto del 3° comma dell'art. 25, L. n. 218/1995 che subordina l'efficacia del trasferimento della sede legale di una società italiana all'estero alla "conformità alle leggi" italiana e dello Stato di destinazione, esso sia sempre efficace, quando avvenga verso uno Stato membro UE e con l'osservanza anche delle formalità previste dalla legge di quello Stato, salvo che non ricorrano gli (eccezionali) estremi di un abuso⁶¹. Infatti, l'ampiezza della libertà di stabilimento riconosciuta con la sentenza in commento, che sgombra assai il campo delle restrizioni "in uscita"⁶², consentendo anche il trasferimento di sede al solo fine del mutamento della *lex societatis*, contribuisce a realizzare su tutto il territorio UE il quadro giuridico di "doppia conformità" necessario ad escludere che possano darsi casi di ricollocazione della sede sociale intra-UE senza recepimento della continuità tra il soggetto iscritto nel paese di destinazione con quello cancellato nel paese di provenienza, finendo così per essere d'ora in poi superfluo – ma solo in ambito UE – il "filtro" di adeguatezza della disciplina del paese di destinazione ai fini della valutazione di efficacia del trasferimento⁶³.

Una seconda conclusione sulla struttura della fattispecie dei trasferimenti "trasformativi"

È invalsa l'idea, promossa *in primis* dalla stessa Corte di Giustizia, che la trasformazione transfrontaliera – o, forse più correttamente, il trasferimento di sede "trasformativo" – comporti la "reincorporazione" della società in un altro ordinamento⁶⁴, perché "le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato

attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale", dal momento che "esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento"⁶⁵. In tal senso sembrerebbe deporre anche il già citato *considerando* n. 31 contenuto nella recentissima Dir. UE/2017/1132 del 14 giugno 2017 relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, allorché accomuna – ai fini della permanenza dell'iscrizione, nel registro delle imprese di uno Stato membro, della succursale di una società iscritta in un altro Stato membro – la fattispecie del trasferimento transfrontaliero della sede a fusioni e scissioni; in tutti questi casi si avrebbe "un successore legalmente riconosciuto", qualificando così l'operazione di trasferimento della sede all'estero come un passaggio successorio analogo alla fusione ed alla scissione. Tuttavia, si tratterebbe di una conclusione discutibile.

Infatti, quel *considerando* assimila – ai fini della non-cancellazione della succursale – il trasferimento transfrontaliero di sede, oltre che a fusioni e scissioni, anche alle mere "modificazioni della ragione sociale della società" e, quindi, ad un mutamento che non dà luogo a cessazione della società nell'ordinamento in cui, prima, era iscritta con un'altra denominazione. Con ciò è reso palese che quel fenomeno di "successione", al quale il dettato del *considerando* fa riferimento, è da intendersi in senso lato e non descrive una modificazione della situazione giuridica di ricondursi civilisticamente al trasferimento di beni e/o rapporti giuridici tra distinti soggetti, pur regolato dal principio di continuità proprio delle operazioni straordinarie in discorso.

Sgomberato così il campo da ciò che avrebbe potuto determinare un equivoco, prima di venire alla conclusione, è opportuno segnalare come sia stata messa in luce da più parti l'esistenza, in caso di ostacoli insor-

diritto UE, di tutt'altro segno potrebbe essere la conclusione nell'ipotesi di limitazioni temporanee o "parziali", quali il posticipo dell'efficacia della decisione di trasferimento o altre misure che prevedano il temporaneo mantenimento di una succursale nello Stato di origine. Non sarebbe, invece, praticabile – in difetto di una direttiva UE, come tale, vincolante per tutti gli Stati membri – una soluzione analoga a quella contemplata dalla Sezione II della Dir. n. 2001/86/CE in materia di cogestione dell'impresa da parte dei lavoratori, che ne salvaguarda i diritti partecipativi riconosciuti da talune legislazioni mediante l'imposizione dell'introduzione di "disposizioni per la partecipazione dei lavoratori", se almeno una delle società partecipanti alla costituzione della Società Europea o la società così trasformata fosse "soggetta a disposizioni per la partecipazione prima dell'iscrizione della SE. Peraltro, la Direttiva sancisce espressamente, con l'art. 11, la regola per cui "gli Stati membri" – a prescindere dal fatto che le loro legislazioni prevedano fattispecie di cogestione da parte dei lavoratori – "adottano le misure appropriate, conformemente alla normativa comunitaria, per impedire lo sviamento delle procedure di costituzione di una SE al fine di privare i lavoratori dei diritti in materia di coinvolgimento o di negar loro tali diritti". Per quanto appena esposto, è evidente, senza un obbligo UE, non vi sarebbe modo, una volta sottratta una società alla legislazione di uno Stato membro che preveda la cogestione, di assicurare la continuità dei diritti di coinvolgimento dei lavoratori e che, quindi, le misure appropriate dovrebbero risolversi in restrizioni operanti prima del trasferimento e, cioè, nello Stato membro di provenienza. Sul tema del coinvolgimento dei lavoratori in sede di costituzione di una Società Europea v. Lamadini, voce *Società Europea*, in *Enc. Dir.*

Annali, IV, Milano, 2011, 1124.

⁶¹ In proposito v. Damascelli, *op. cit.*, 872 e segg., il quale sottolinea la necessità di modificare sia l'art. 2369, comma 5°, c.c., che l'art. 2437, comma 1°, lett. c, nonché, ancora, l'art. 2473, comma 1°.

⁶² E fa, quindi, giustizia dei più restrittivi orientamenti emersi nella giurisprudenza italiana, di cui si dà conto in Biscaretti di Ruffia-E. Gambaro, *op. cit.*, 78. V. anche Ballarino, *op. cit.*, 720, ove critiche alla "confusione che regna sovra nella giurisprudenza di merito"; analogamente Benedettelli, *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, cit., 65.

⁶³ Prima della sentenza in commento era necessario, infatti, non solo che l'ordinamento di destinazione riconoscesse il trasferimento di sede – e, con esso, la società una volta trasferita – come un'operazione di continuazione, ma anche che la disciplina di tale ordinamento si presentasse come accettabile per i valori tutelati dall'ordinamento italiano in termini di tutela degli interessi meritevoli di protezione (Boggio, *Trasferimenti fittizi, incompleti o "ultrannuali" della sede legale all'estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano*, cit., 627). Quanto appena esposto continua a valere per i trasferimenti in Stati terzi rispetto all'Unione europea. A riguardo anche Ballarino, *op. cit.*, 720 e seg.

⁶⁴ Così Gerner-Beuerle-Mucciarelli-Shuster-Siems, *Study on the Law Applicable to Companies*, London, 2016, 215 e segg.

⁶⁵ Così la già menzionata Corte giust. CE, 27 settembre 1988, C-81/87, cit., punto 19. Recentissimamente, in dottrina, De Luca, Gentile, Schiavottello, *op. cit.*, 11.

montabili o non agevolmente superabili alla “reincorporazione” in altro ordinamento, di alternative suscettibili di conseguire risultati analoghi seppur in due o più “passaggi”. S’è fatto l’esempio della trasformazione di una società “nazionale” in Società Europea basata nel medesimo Stato, che, una volta acquisita la nuova forma giuridica, si trasferisca in altro Stato membro sfruttando la previsione dell’art. 8 Regolamento n. 2001/2157/CE, per – eventualmente – acquisire la desiderata nuova forma giuridica “nazionale” prevista dalla legislazione dello Stato di destinazione, abbandonando a quel punto quella di Società Europea prima strumentalmente acquisita; è stato ipotizzato, altresì, il ricorso alla costituzione di una controllata nello Stato di destinazione in funzione di attuare una successiva fusione cd. inversa con conseguente estinzione della controllante⁶⁶. Dunque, esistono strumenti giuridici per trasferire la sede legale e modificare la *lex societatis* in continuità giuridica (cioè, senza perdita della personalità giuridica), anche se essi possono richiedere l’impiego di maggiori risorse economiche e temporali⁶⁷. Non che non vi siano differenze. Nel caso della fusione, stando alla definizione che ne dà la Dir. n. 2017/1132/UE, si realizzerebbe un “trasferimento senza liquidazione”, ma sarebbe necessario passare per la costituzione di una società “veicolo” per completare l’operazione. L’istituto del trasferimento in altro Stato della sede di una Società Europea, per espressa disposizione del Regolamento, “non dà luogo a scioglimento né alla costituzione di una nuova persona giuridica”⁶⁸, ma la preliminare trasformazione in Società Europea richiede il possesso da almeno due anni di “un’affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro”⁶⁹ e, comunque, la sede sociale della SE così realizzata “non può essere trasferita, in occasione della trasformazione, in un altro Stato mem-

bro”⁷⁰, in quanto il trasferimento richiede l’esperimento dello speciale procedimento di cui all’art. 8.

Questo quadro, in cui emerge che la qualificazione contenuta nel *considerando* n. 31 più sopra ricordata appare da intendersi in senso del tutto lasco⁷¹ ed in assenza di disposizioni del diritto dell’Unione che impongano una ricostruzione della fattispecie in termini propriamente successivi, consente di svolgere un ragionamento che conduce a rigettare l’idea della “reincorporazione”.

Orbene, senza smentire l’assunto fatto proprio dalla Corte di Giustizia per cui le società sarebbero “enti creati da un ordinamento giuridico”, va messo in evidenza come la Corte stessa finisca per non valorizzare in questo campo l’articolazione del sistema delle fonti che governano le fattispecie societarie nel territorio dell’Unione. Ormai, non si può più fare riferimento a singoli ordinamenti giuridici (nazionali) tra loro autonomi e, come tali, istitutivi di quegli “enti”; è, invece, necessario inquadrarli come frutto della compenetrazione tra diversi ordinamenti (nazionali e dell’Unione) tra loro coordinati ed integrati⁷², dato che la regolamentazione delle società – quantomeno per quelle di capitali – scaturisce da fonti nazionali e comunitarie che, inscindibilmente, “ne disciplinano costituzione e funzionamento”⁷³. Il parziale trasferimento di sovranità, seppur con la logica della sussidiarietà, operato con i Trattati e la connessa opera prodotta dal diritto cd. derivato ha rimesso una parte significativa del regime anche di molti tipi societari nazionali sotto l’impero del diritto dell’Unione; nella misura in cui ciò è avvenuto, le società non sono più rette soltanto dal diritto nazionale, ma risultano, quantomeno, “co-rette” dal diritto dell’Unione; anzi, è più realistico affermare che siano co-rette dal diritto dell’Unione e, nella misura in cui questo lo consenta, dai singoli diritti nazionali⁷⁴. Facendo un esempio concreto, per tutti

⁶⁶ Si tratta di alternative ben esposte in Gerner-Beuerle-Muciacelli-Shuster-Siems, *op. cit.*, 216. A riguardo v. anche Enriques, *A Harmonised European Company Law: Are We There Already?*, in *Intl’Comp. Law Quart.*, 2017, 773.

⁶⁷ Sul punto v. Enriques, *op. cit.*, 772 e seg.

⁶⁸ Cfr. art. 8, par. 1, secondo periodo, Reg. n. 2001/2157/CE.

⁶⁹ Così l’art. 2, par. 4.

⁷⁰ Cfr. l’art. 37, par. 3.

⁷¹ Peraltro, è noto che, per quanto i *considerando* contengano la “motivazione dell’atto”, comunque “non contengono enunciati di carattere normativo” (così, testualmente, da *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell’Unione europea*, Lussemburgo, 2015, 31 reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/IT-guida-pratica-alla-redazione-di-testi-legislativi.pdf>).

⁷² Così riprendendo quanto osservato da chi – v. Adam-Tizzano, *Manuale di diritto dell’Unione Europea*, Torino, 2017, 898 e seg. – ha messo in luce che “la capacità del diritto dell’Unione di disciplinare direttamente fattispecie interne agli Stati non esclude tuttavia che esista anche per l’ordinamento dell’Unione, e dal punto di vista di questo, un problema di rapporti con le legislazioni nazionali, cui quelle fattispecie sono ugualmente soggette”, posto che “i due ordinamenti vivono in un rapporto di integrazione, che vede quello dell’Unione, a causa della sua parzialità, avvalersi dell’ordinamento degli Stati per molti aspetti del suo funzionamento” e ciò “con il risultato di una permanente situazione di interferenza”. Altri – Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in

Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2011, 225 – spiega che, sul territorio dell’Unione Europea, il giurista si trova di fronte ad un fenomeno di raccordo tra ordinamenti – dell’Unione e nazionali – realizzato mediante “immedesimazione” nel senso che la norma prodotta nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione produce effetti anche all’interno di ciascuno degli ordinamenti nazionali.

⁷³ Si menzionano “costituzione” e “funzionamento” in quanto sono i profili ai quali fece testualmente riferimento la Corte sin dalla storica sentenza *Daily Mail* (v. *supra* alla nota 65). In realtà, il riferimento non va inteso in senso stretto, ma ha piuttosto nel significato di statuto legale della società.

⁷⁴ L’unico confine al diritto dell’Unione è quello segnato dalla dottrina dei ccdd. controlimiti e, cioè, da quei principi costituzionali così fondamentali da potersi qualificare come “principi fondamentali dell’assetto costituzionale dello Stato ovvero (...) diritti inalienabili della persona” (v., in particolare, Corte cost., 21 giugno 2010, n. 227; Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232; Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170; in dottrina, tra gli altri, Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 63 e segg.; con accenti fortemente critici in ordine al fondamento teorico dello stretto sindacato lasciato alla Corte Costituzionale, Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2010, 481). Al di là del fatto che, come rilevato dalla dottrina, la Corte non sembra avere an-

gli aspetti armonizzati nel tempo mediante direttive societarie⁷⁵ o da regolamenti⁷⁶ le regole materiali nazionali hanno effetto soltanto negli spazi lasciati dalla normativa comune. Se ciò è vero, il trasferimento della sede da uno Stato membro all'altro può sì sottrarre una società all'ordinamento nell'ambito del quale fu costituita, affidandola ad un altro, ma, nonostante quel trasferimento, solo parte del suo regime giuridico sarà mutata, poiché per altra parte, come prima era soggetta al diritto UE, così dopo lo rimarrà in egual modo in ragione della vigenza del medesimo su tutto il territorio dell'Unione Europea, restando irrilevanti i confini interni tra i singoli Stati membri⁷⁷.

Ma non è tutto. In un sistema di registri commerciali, soggetti ad "interconnessione", a partecipazione alla "piattaforma centrale europea" ed in cui l'iscri-

zione (costitutiva) di determinati fatti in quello di uno Stato comporta analoga efficacia su tutto il territorio dell'Unione⁷⁸ tanto da richiedere l'immediata messa a disposizione mediante "interconnessione" tra registri⁷⁹, non v'è più ragione per negare una continuità reale, giuridica, tra le società prima e dopo il trasferimento transfrontaliero di sede⁸⁰, non potendosi ravvisare in una – ormai – solo parziale diversità di statuto giuridico un idoneo fattore di cesura nella loro esistenza.

In conclusione, resta vera l'affermazione che le società esistono in quanto "create da un ordinamento giuridico", ma l'ordinamento in questione, nel caso delle società ricomprese nell'ambito di applicazione del diritto societario UE, è un ordinamento "plurale"⁸¹ che ammette variazioni (parziali) delle sue fonti

cora specificato quali principi in concreto avrebbero quei connotati, pare assai difficile immaginarne nel campo societario, come tale, tipicamente caratterizzato per la presenza di diritti economici. La stessa Consulta, peraltro, scrivere che l'avverarsi del rischio di conflitto tra diritto dell'Unione e diritti inalienabili della persona, per quanto "possibile", va stimato come "sommamente improbabile" (v., ancora, Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232).

⁷⁵ Con direttive il diritto dell'Unione provvede alla regolamentazione del capitale sociale, dei diritti d'informazione dei soci, della pubblicità, delle fusioni, delle scissioni, ecc.

⁷⁶ Con regolamenti il diritto dell'Unione è intervenuto ripetutamente per disciplinare l'adeguamento ai principi contabili internazionali, ma ha anche – come già ricordato in precedenza – l'istituzione della Società Europea e della Società Cooperativa Europea, i cui regimi sono, peraltro, tributari per molti aspetti delle previsioni dei diritti nazionali degli Stati ove dette società abbiano, di volta in volta, collocato la loro sede sociale; dunque, queste società presentano regimi di cui fanno parte al contempo norme di diritto derivato dell'Unione e norme nazionali (v., oltretutto critico a riguardo, per i connessi maggiori costi e per le incertezze che può ingenerare, Lamandini, *voce cit.*, 1121).

⁷⁷ Pur senza analizzarlo rispetto al trasferimento della sede, sembra cogliere il rilievo del diritto UE nella disciplina della Società Europea chi – Miola, *Lo Statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. Società*, 2003, 348 – sottolinea "l'indubbio accrescimento della rilevanza dei profili comunitari nella relativa disciplina" allorché ne affronta da un punto di vista generale i contenuti, giungendo poi, con riferimento specifico alla "mobilità transfrontaliera", a riconoscere che lo statuto di SE rappresenta, comunque, un istituto che comporta un qualche grado di unificazione della disciplina applicabile nell'intento di "realizzare la libertà di stabilimento" (Miola, *op. cit.*, 350). La costruzione esposta nel testo potrebbe cadere soltanto se si ritenesse – ma non è certo la tesi prevalente – che il diritto dell'Unione attribuisca diritti soltanto agli Stati, come si converrebbe ad un atto di diritto internazionale convenzionale" (l'osservazione è in Guastini, *op. cit.*, 489). Invece, sin dagli albori del diritto comunitario (v. la citazione tratta da Corte giust. CEE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, pag. 23; cui *adde* Corte giust. CEE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa*, EU:C:1964:66, pag. 1144), prevalse l'idea che "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini" e quest'impostazione, evolutasi nel tempo per le modifiche intervenute nei Trattati e nella concezione del diritto comunitario, ha condotto in anni molto più recenti ad affermare ancora che "l'Unione sia dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale

particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento" (testualmente da Corte giust. UE, *Parere del 18 dicembre 2014 n. 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 158); in particolare, "i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi" (Corte giust. UE, *Parere del 18 dicembre 2014 n. 2/13*, cit., 157). Ciò comporta che le norme dell'Unione non sono rivolte "all'indirizzo esclusivo degli Stati membri, ma, nella maggior parte dei casi, direttamente in capo ai cittadini di questi" (così Adam, Tizzano, *op. cit.*, 39). Dunque, sono norme che escono dai confini del diritto internazionale pubblico e che provvedono ad istituire e disciplinare fattispecie le quali governano le relazioni tra i privati.

⁷⁸ In ordine al fatto che "l'efficacia giuridica nazionale della pubblicità, in forza del c.d. mutuo riconoscimento, sarà riconosciuta tal quale negli altri ordinamenti" dell'Unione Europea si rinvia Bocchini, *Pubblicità commerciale europea vs. Registro europeo delle imprese*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 260; nel senso che il diritto UE si occupi soltanto di una "modesta parte degli effetti degli strumenti pubblicitari a livello locale" e "per lo più relativi alle società di capitali" v. Rescio, *Gli effetti dell'iscrizione, in Il registro delle imprese a vent'anni dalla sua attuazione*, a cura di Ibba e Demuro, Torino, 2017, 175. Ciò trova piena conferma nel testo della recente Direttiva n. 1132/2017/UE nella misura in cui, nonostante l'espressa presa in considerazione dell'esistenza di situazioni transfrontaliere, estende a tutti i terzi, senza limitazioni geografiche, gli effetti della pubblicazione (cfr. *considerando* n. 12 anche in combinato disposto con l'art. 16 paragrafo 6).

⁷⁹ Cfr. l'art. 20, par. 1.

⁸⁰ La pratica attuazione del sistema di interconnessione tra i registri delle imprese nazionali – e, cioè, l'utilizzo di tecnologie informatiche per la diffusione delle informazioni – consente di colmare in parte quella lacuna potenzialmente ancor più grave in situazioni transfrontaliere e derivante dalla natura giuridico-formale della pubblicità – ossia della presunzione *juris et de jure* di conoscenza – alla quale non necessariamente s'accompagna la conoscenza concreta dell'atto o del fatto iscritto (ciò è messo in luce da Bocchini, *op. cit.*, 261, il quale osservava, prima dell'attuazione della Direttiva n. 17/2012/UE, come "la c.d. conoscibilità legale di tutti gli atti e fatti pubblicati nei registri nazionali delle imprese oggi non si traduce in concreta e tempestiva informazione", sebbene "sul piano giuridico-formale questa informazione sarebbe già oggi garantita dagli ordinamenti giuridici dei paesi dell'Unione perché la pubblicità nei registri delle imprese già sono giuridicamente vincolanti e a disposizione di tutti gli agenti del mercato europeo").

⁸¹ Si è voluto utilizzare il termine "plurale" in senso descrittivo per sottolineare la complessità dell'articolazione delle fonti e delle

di produzione attraverso la libera migrazione tra gli Stati membri. Peraltro, questa ricostruzione potrebbe anche contribuire risolvere il problema, posto proprio in relazione alla vicenda *Polbud*⁸², della “doppia nazionalità” delle società che abbiano trasferito la sede

legale da uno Stato membro all'altro, quando lo Stato di provenienza adotti – ai sensi dell'art. 54 TFUE – il criterio della sede dell'amministrazione, mentre quello di destinazione il criterio della sede legale, rischiando così la sovrapposizione di regimi giuridici.

Denuncia al tribunale

Tribunale di Roma, Sez. spec. in materia di impresa, 15 dicembre 2017 – Pres. Cardinali – Rel. Romano – Smet s.p.a. – Peres Massimiliano ed altri.

Società – Società per azioni – Denuncia al tribunale – Sostituzione degli amministratori – Conseguenze

A seguito della presentazione di una denuncia per fondato sospetto di gravi irregolarità, la sostituzione degli amministratori (e dei sindaci) non comporta, di per sé, la sospensione del procedimento, in quanto il tribunale è innanzitutto chiamato a valutare sia l'adeguata professionalità dei nuovi soggetti nominati dall'assemblea, sia l'attività che essi hanno compiuto e intendono compiere per rimuovere le violazioni denunciate, sulla quale dovranno riferire al collegio.

Società – Società per azioni – Denuncia al tribunale – Sostituzione degli amministratori – Legittimazione passiva

Quando, a seguito di una denuncia al tribunale per fondato sospetto di gravi irregolarità, l'assemblea sostituisca gli amministratori, i nuovi nominati sono legittimati passivi della procedura; per converso, difetta la legittimazione passiva in capo a quelli cessati dalla carica, quand'anche, in ipotesi, siano loro ascrivibili le gravi irregolarità denunciate.

Società – Società per azioni – Denuncia al tribunale – Condizioni e requisiti

In presenza di irregolarità nella gestione derivanti dalla violazione, da parte degli amministratori, dei doveri da cui sono gravati, l'attualità della potenzialità dannosa nei confronti della società o di una o più controllate rappresenta, con la fondatezza del sospetto della loro esistenza e la gravità, la condizione affinché esse costituiscano oggetto di rituale denuncia al tribunale ad opera di soci che rappresentino il decimo del capitale sociale oppure del collegio sindacale.

Società – Società per azioni – Denuncia al tribunale – Mancata adozione del “modello 231”

La mancata adozione di un modello ex lege n. 231/2001, attesa la sua non obbligatorietà, non può essere qualificata grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c., ossia irregolarità riferibile a norme civili, penali, tribu-

tarie o amministrative, idonea a creare un danno al patrimonio sociale.

Omissis. – Il terzo comma dell'art. 2409 c.c. dispone che il Tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori ed i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivino senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute. La *ratio* di tale disposizione introdotta con la riforma del diritto societario – la quale ha recepito sul punto l'orientamento giurisprudenziale maggioritario prevalente – consiste nella volontà di evitare, per quanto possibile, ingerenze di estranei nella gestione societaria: per un verso, prevedendo un controllo immediato sulla legittimità ed opportunità dell'ordine di ispezione; per altro verso, favorendo rimedi endosocietari idonei ad elidere a monte la necessità di disporre l'ispezione della società.

Tuttavia, appare del tutto evidente come la mera sostituzione di amministratori e sindaci non è sempre, di per sé, idonea a garantire la cessazione delle irregolarità e la loro eliminazione, cioè la restituzione della società all'ordinario corso gestionale. Proprio per tale ragione, deve ritenersi che la sostituzione degli organi gestionali non importi, escludendo ogni valutazione da parte del tribunale, l'automatica improcedibilità del ricorso, dovendo, al contrario, il collegio esaminare la sussistenza dei presupposti, indicati chiaramente dalla legge, per la sospensione del procedimento. In questa prospettiva, in caso di sostituzione degli amministratori e dei sindaci, il tribunale è, comunque, chiamato a valutare sia l'adeguata professionalità dei nuovi soggetti nominati dall'assemblea, sia l'attività che costoro hanno compiuto e intendono compiere per rimuovere le violazioni denunciate, attività sulle quali dovranno riferire al tribunale medesimo, che procederà, ove occorra, anche in tale ipotesi, alla loro revoca ed alla nomina di un amministratore giudiziario. In altre parole, pur in presenza della sostituzione degli amministratori (e dei sindaci), il tribunale ben può procedere all'ispezione (e poi se del caso all'adozione di ulteriori provvedimenti conseguenti) allorché il nuovo organo gestorio non offra sufficienti garanzie, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, in ordine alla volontà di intraprendere una seria verifica sulle lamentate gravi irregolarità ed al porre in essere i provvedimenti conseguenti. (*Omissis*).

2. Segue. La nomina del nuovo amministratore ed i riflessi sulle valutazioni demandate al Tribunale. Occorre ora soffermarsi sull'incidenza della sostituzione dell'organo gestorio sulle valutazioni demandate, in questa sede, al Tri-

loro interazioni sul territorio dell'Unione, senza voler entrare nel dibattito teorico sul carattere monistico o dualistico dell'ordinamento dell'Unione, la possibilità della cui conclusione in un senso o nell'altro è peraltro messa in discussione (in proposito si rinvia a

Guastini, *op. cit.*, 488 e segg.).

⁸² V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott al punto 42, nonché le considerazioni esposte in Soegaard, *op. cit.*, 24.

bunale. Giova, in primo luogo, precisare che laddove – come nella fattispecie all’attenzione – dopo l’introduzione del procedimento *ex art. 2409 c.c.*, intervenga la nomina dei nuovi amministratori, questi ultimi sono legittimati passivi nel procedimento di cui al citato art. 2409 c.c. Per converso, difetta la legittimazione passiva in capo all’amministratore cessato dalla carica, anche quando al medesimo siano, in ipotesi, ascrivibili le gravi irregolarità denunciate; e tanto in considerazione del fatto che il procedimento di cui all’art. 2409 c.c. non è finalizzato all’accertamento delle responsabilità per *mala gestio* in vista del ristoro dei danni o della irrogazione di sanzioni, ma, piuttosto, ad eliminare le irregolarità attuali; onde i provvedimenti del Tribunale hanno quali destinatari coloro che, al momento della pronuncia, rivestono la carica di amministratori. In particolare gli amministratori cessati prima del deposito del ricorso *ex art. 2409 c.c.* ovvero nella pendenza del termine per la notifica dello stesso non sono portatori di un interesse giuridicamente rilevante alla partecipazione al procedimento ma, al più, vantano un mero interesse di fatto (tale per cui va esclusa anche l’ammissibilità di un intervento spiegato nel procedimento di cui all’art. 2409 c.c. da parte degli amministratori cessati dalla carica). D’altro canto, amministratori e componenti dell’organo di controllo sostituiti dall’assemblea nella pendenza del procedimento perdono la veste di “attuali legittimati passivi” e, tuttavia, il giudizio *ex art. 2409 c.c.* deve considerarsi correttamente incardinato ove il ricorso introduttivo sia stato notificato agli stessi, in quanto all’epoca ancora investiti di funzioni gestorie.

Per converso, oggetto del giudizio demandato al Tribunale è (*rectius*: diviene) l’operato del nuovo organo gestorio e, in particolare, se questi si sia concretamente attivato, in primo luogo, per far emergere ed accertare le irregolarità (sia quelle oggetto della denuncia sia comunque quelle altrimenti emergenti nell’ambito dell’attività) e, quindi, per l’eventuale loro eliminazione. Infatti, in ogni caso, alla luce del dovere di diligenza imposto dall’art. 2392 c.c., costituisce irregolarità imputabile all’attuale amministratore la mancata rimozione delle conseguenze dannose di quanto compiuto dal suo predecessore, proprio in virtù del fatto che il controllo giudiziario mira al riassetto amministrativo.

3. La denuncia di gravi irregolarità. Cenni in diritto. Ai sensi dell’art. 2409 c.c., se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale oppure il collegio sindacale (settimo comma) possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Alla stregua di tale disposizione, i presupposti per l’accoglimento del ricorso sono: a) l’esistenza di fondati sospetti di gravi irregolarità nella gestione derivanti dalla violazione, da parte degli amministratori, dei doveri su di loro gravanti; b) il possibile danno alla società o ad una o più società controllate derivante dall’irregolarità della gestione, con conseguente irrilevanza, pertanto, ai fini della denuncia in questione, dell’eventuale danno arrecato ai soci o terzi. La nuova formulazione della norma, che fa riferimento all’esistenza del fondato sospetto di “gravi irregolarità nella gestione” – a differenza della precedente formulazione dell’art. 2409 cod. civ. che richiedeva il “fondato sospetto di gravi irregolarità nell’adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci” – consente di affermare come non assuma rilievo qualsiasi violazione dei doveri gravanti sull’organo amministrativo, ma soltanto la violazione di quei doveri idonei a compromettere il corretto esercizio dell’attività di gestione dell’impresa e a determinare pericolo di danno per la società amministrata o per le società

controllate, con esclusione di qualsiasi rivelanza, invece, dei doveri gravanti sugli amministratori per finalità organizzative, amministrative, di corretto esercizio della vita della compagnia sociale e di esercizio dei diritti dei soci e dei terzi estranei. Le gravi irregolarità, inoltre, come da giurisprudenza assolutamente prevalente devono – oltre che riguardare la sfera societaria e non quella personale degli amministratori – essere attuali, e pertanto nessun provvedimento potrà essere adottato qualora le stesse abbiano esaurito ogni effetto. Infine, esse devono assumere un carattere dannoso nel senso che deve trattarsi di violazione di norme civili, penali, tributarie o amministrative, capaci di provocare un danno al patrimonio sociale e, di conseguenza, agli interessi dei soci e dei creditori sociali ovvero un grave turbamento dell’attività sociale (cfr. App. Salerno, 19 luglio 2005; App. Venezia, 23 luglio 2014; App. Milano, 29 giugno 2012).

Peraltro, per come evidenziato in noti precedenti giudiziari (Trib. Parma, 28 marzo 2013), alla luce dell’opzione legislativa per l’atipicità delle irregolarità, il requisito della gravità postula fatti e deficienze non altrimenti eliminabili, concretanti violazioni di legge e, segnatamente, delle norme civili, penali, amministrative e tributarie e dello statuto e – in virtù del richiamo di cui all’art. 2392, comma 1°, c.c. – delle regole generali di gestione diligente nell’interesse sociale e in assenza di conflitti di interesse, che si sostanzino in fatti specificamente determinati e ascrivibili agli amministratori. Al riguardo, non rilevano né il tipo della norma violata né lo stato soggettivo (dolo o colpa) di amministratori e sindaci (come si evince pure dall’abbandono della nozione di “adempimento” di cui alla previgente formulazione), non essendo il procedimento instaurato in seguito a un ricorso presentato ai sensi dell’art. 2409 c.c. direttamente collegato all’esercizio dell’azione di responsabilità. Peraltro, pur non potendosi il giudizio del tribunale basare su mere supposizioni e/o su indimostrati rilievi critici, appare sufficiente che sussistano elementi di sicuro affidamento che, pur non assurgendo al livello di prova piena, abbiano tuttavia riscontri obiettivi che vanno al di là del mero sospetto (Trib. Novara, 21 maggio 2012; Trib. Mantova, 9 dicembre 2008).

Quanto al requisito dell’attualità, non rilevano ai fini del procedimento *de quo* vicende societarie ormai esaurite e non ulteriormente produttive di possibili effetti nocivi, non potendosi dar luogo all’intervento dell’Autorità Giudiziaria quando sia già stato ripristinato l’ordine amministrativo e gli effetti della condotta siano ormai intangibili, come si evince anche dalla previsione di cui all’art. 2409, comma 3°, c.c. Inoltre, le irregolarità devono essere idonee alla causazione di un danno alla società. Deve reputarsi sufficiente il mero pericolo di danno futuro, purché patrimonialmente rilevante, alla società; viceversa, eventuali profili di danno ai singoli soci, ai creditori sociali e ai terzi non rivestono alcuna rilevanza ai fini dell’art. 2409 c.c., al pari di denunce pretestuose o dettate da meri motivi di disturbo da parte della minoranza. Ne consegue che sono irrilevanti le censure attinenti al merito (inteso come opportunità o convenienza) delle scelte gestionali, con due eccezioni: in primo luogo, le scelte palesemente irragionevoli o negligenti, atteso che, come si è detto, il controllo dell’Autorità Giudiziaria è di legalità e di regolarità della gestione intesa quale attività materiale e giuridica diretta alla realizzazione dell’oggetto sociale in modo conveniente, tale cioè che la quantità delle risorse complessivamente consumate nella produzione dei beni e dei servizi sia inferiore o corrispondente ai ricavi. In secondo luogo, il tribunale può sindacare anche il merito delle scelte economiche compiute dagli amministratori in conflitto di interessi e segnatamente quelle in pregiudizio della società

da loro amministrata, ma conformi all'interesse del socio di maggioranza, a condizione che ricorra l'ulteriore presupposto della potenzialità del danno per la società stessa. In altre parole, il limite derivante dalla c.d. *business judgement rule* non opera laddove si tratti di sindacare non tanto l'osservanza del dovere di diligenza (c.d. *duty of care*) quanto dell'obbligo di fedeltà (c.d. *duty of loyalty*), comunque compreso tra quelli richiamati dall'art. 2409, comma 1°, c.c. e sotteso ai precetti normativi in tema di conflitto di interessi. (*omissis*)

11. Il modello organizzativo ex l. 231/01. La Federtrasporti Basilicata s.r.l., intervenendo nel presente giudizio, evidenziava la mancata adozione di un modello organizzativo come previsto dalla l. 231/2001. L'ispettore ha rilevato (relazione, pag. 74) che "dalle verifiche effettuate, si ritiene che la mancata adozione di un modello ex lege 231/01, attesa la sua non obbligatorietà, non possa autonomamente qualificarsi come grave irregolarità ex art. 2409 c.c., ossia irregolarità riferibile a norme civili, penali, tributarie o amministrative idonee a creare un danno al patrimonio sociale. Nel caso di Sit, comunque, l'adozione di detto modello appare più che opportuna, attesa l'accertata assenza di procedure aziendali adeguatamente formalizzate e l'utilizzo di prassi operative quali quelle del conferimento di incarichi ai sub-vettori in forma non scritta, che ha rappresentato una delle principali cause delle divergenze con taluni subappaltatori (sub-vettori) dalle quali possono discendere danni per la Società. Adeguati modelli organizzativi consentirebbero anche una più idonea capacità di governo e di controllo di tutti i processi aziendali Sit". Il dott. Rocchi evidenziava comunque che "è risultata una specifica attenzione al 'tema 231/01' sia da parte del Collegio Sindacale sia da parte dell'attuale Amministratore Unico che ha dato un concreto avvio alle attività necessarie e propedeutiche all'adozione di un modello organizzativo 231 specificamente adeguato alle esigenze gestionali ed operative della Sit". Anche nel caso di specie, non appare censurabile la condotta assunta dall'amministratore unico prof. Maurizio Bifulco che ha iniziato un percorso volto alla adozione di un simile modello con la conseguenza che – almeno allo stato – non può dirsi sussistente alcuna irregolarità. – *Omissis*.

Note e spunti critici in tema di denuncia al tribunale (art. 2409 c.c.)

Una sintesi dei fatti. La notevole lunghezza della sentenza in commento (il testo completo può essere letto nel sito www.ilcaso.it) impone che se ne pubblichi solo qualche stralcio (omettendone la maggior parte, ampiamente caratterizzata da considerazioni in fatto) e che, quale necessaria conseguenza, se ne riassuma il contenuto.

La denuncia è stata promossa in relazione a gravi irregolarità contestate agli amministratori della Sit Logistic s.p.a., una società costituita tra vari soggetti operanti nel settore dei trasporti e della logistica, a seguito di "invito" di FGA (Fiat Group Automobiles), già da tempo loro comune cliente e del quale essi, per espresso patto dello statuto, avrebbero conservato l'esecutività diretta, e nella stessa misura, delle attività di trasporto per le tratte di cui erano stati titolari sino ad allora; ulteriori incarichi di FGA sarebbero stati ripartiti tra di loro in misura proporzionale alle rispettive partecipazioni sociali. La società avrebbe peraltro po-

tuto assumerne altri, dello stesso genere, da terzi, in misura via via maggiore nel corso degli anni. Proprio questi patti, detto per inciso, avevano dato origine a dubbi (dei quali l'ordinanza dà conto, in una parte non trascritta), forse non del tutto infondati, sulla natura "sostanzialmente" consortile dell'ente, argomento di un arbitrato pendente alla data del procedimento.

La denuncia, presentata da uno dei soci della Sit Logistic s.p.a., Smet s.p.a., dopo un inutile tentativo ai sensi dell'art. 2408 (il collegio sindacale non aveva assunto alcuna iniziativa), ha censurato in particolare il comportamento dell'amministratore delegato, sig. Massimiliano Peres, sotto molteplici profili: affidamento di commesse a soggetti terzi, anziché ai soci, assenza di contratti stipulati in forma scritta, pagamento di fatture in acconto ad un soggetto terzo (Mectrans s.r.l.) senza la dimostrazione dell'avvenuta esecuzione delle prestazioni dovute ed in conflitto d'interessi, compimento di atti di gestione eccedenti i limiti di valore dei suoi poteri, inadeguatezza del sistema amministrativo e contabile, mancata adozione del "modello 231".

Si sono costituiti i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale (ed è intervenuto un altro socio, Federtrasporti Basilicata s.r.l.). All'udienza avanti il Collegio è stato però dato atto che la società, il giorno precedente, li aveva sostituiti tutti ed aveva nominato un amministratore unico, il prof. Maurizio Bifulco, ed i nuovi sindaci. Ciò non ha tuttavia impedito al tribunale di proseguire nella procedura e di disporre l'ispezione (nominando all'uopo il dott. Francesco Rocchi), avendo giudicato il prof. Bifulco privo della necessaria esperienza nel settore di operatività della Sit Logistic s.p.a. e neppure in grado di garantire (al pari dei nuovi componenti dell'organo di controllo) la dovuta indipendenza dal socio di maggioranza. Nelle more sono intervenuti altresì Astor s.r.l. (anch'essa socio di Sit Logistic s.p.a.) e A.BA.CO s.r.l. (socio unico di UTM Logistica e Trasporti s.p.a., socio di maggioranza di Sit Logistic).

Una prima relazione del dott. Rocchi ha effettivamente posto in luce varie irregolarità, seguita da una seconda, integrativa; in base alle loro risultanze, il tribunale, pur avendo riconosciuto la fondatezza di gran parte delle censure, ha respinto il ricorso, avendo ritenuto che mancasse talora il requisito della gravità e, soprattutto, che la gestione del nuovo amministratore unico, nonostante le iniziali perplessità, avesse nel frattempo posto in essere iniziative tali da far venire meno il carattere di attualità delle restanti, o comunque farne prevedere il superamento. Le considerazioni espresse in proposito si risolvono spesso – lo si è già accennato – in valutazioni in fatto; anche per questo motivo se n'è omessa la trascrizione e si è ritenuto di circoscrivere il contenuto del commento a profili in diritto.

Sostituzione degli amministratori e conseguenze. È noto che, in una società, la maggioranza, che ha espresso gli amministratori il cui comportamento sia sotto esame ai sensi dell'art. 2409, ha a propria disposizione, sostituendoli, "se non proprio un *commodus discessus*",

un modo per evitare, almeno per qualche tempo, l'adozione di provvedimenti, la nomina di un ispettore in particolare, che "scavino" nella documentazione sociale, dunque nella vita dell'ente, nei suoi affari e nella sua gestione, col rischio, oltretutto, dell'emersione di aspetti censurabili ulteriori a quelli denunciati (Paolucci, sub art. 2409, in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, 1012; Ambrosini, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in Id. (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 84). Tuttavia il risultato non è scontato, meno che mai automatico: il terzo comma, infatti, chiarisce che l'autorità giudiziaria deve preliminarmente vagliare, con criteri necessariamente dotati di ampia discrezionalità, l'esistenza dell'"adeguata professionalità" dei sostituti.

Il principio è stato puntualmente ribadito dal Tribunale di Roma (è sintetizzato nella prima massima), in linea con precedenti pronunce della giurisprudenza [Trib. Vicenza, 30 marzo 2009, in *Giur. It.*, 2009, 2721; Trib. Ascoli Piceno, 1° marzo 2013 (ord.), *ivi*, 2013, 1568, con nota di Spiotta, altra fattispecie in cui il giudizio è stato negativo; Trib. Roma, 6 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*] e con le posizioni della dottrina (tra gli altri, Dalmotto, *Art. 2409. Denuncia al tribunale*, in *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2008, 1561 e seg.; Bartalini, *Il controllo giudiziario*, in Cagnasso e Panzani (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, 628). I giudici capitolini hanno tenuto conto altresì che la norma "...lascia al tribunale il potere di valutare caso per caso se i nuovi amministratori hanno posto in essere (e danno affidamento di porre in essere nel futuro) adeguate attività al fine dell'accertamento e della eliminazione delle eventuali violazioni" (così Domenichini, *Art. 2409*, in Niccolini e Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004, 796) e che "...ove la sostituzione sia avvenuta da un tempo tale che abbia consentito al nuovo organo di attuare misure idonee ad eliminare le irregolarità o i loro effetti, il tribunale potrà basare la propria valutazione sull'effettivo operato dei nuovi organi; ove, invece, la nomina del nuovo consiglio di amministrazione sia avvenuta nell'imminenza dell'udienza fissata per la richiesta di sospensione, la valutazione della adeguata professionalità – che coinvolge non tanto le capacità professionali dei soggetti, quanto quelle di indagare efficacemente non solo in virtù delle loro competenze professionali, ma anche dell'indipendenza ed autonomia dai precedenti amministratori, e per essi dalla maggioranza di cui sono espressione – può avvenire soltanto sulla base di un programma dettagliato che illustri come i nuovi amministratori intendano agire e che definisca analiticamente le modalità e i tempi della loro azione" (così Trib. Vicenza, 30 marzo 2009, cit.).

Nella fattispecie sottoposta al suo esame, il tribunale, preso atto della sostituzione, ha non solo constatato l'assenza di una specifica esperienza del prof. Bifulco nel settore, ma ha altresì rilevato "come la nomina di un amministratore unico 'restringesse' i legami in essere fra la gestione della società ed i soci di

minoranza", essendo nota, altresì, l'esistenza di un suo incarico sindacale in A.BA.CO s.r.l. (come si è detto, socio unico di UTM Logistica e Trasporti s.p.a, a sua volta socio di maggioranza di Sit Logistic), ma anche in Multilog, principale concorrente di Sit Logistic. Ha dunque concluso che egli non avrebbe potuto garantire "alcuna indipendenza dal socio di maggioranza della Sit Logistic S.p.a., di cui erano espressione gli amministratori" ai quali venivano addebitate le gravi irregolarità e, pertanto, ha disposto l'ispezione, senza sospendere il procedimento.

Sostituzione e legittimazione passiva. Nella sua prima parte, la massima esprime un principio del tutto condivisibile: gli amministratori nominati nel corso della procedura, proprio perché deputati a ricondurre alla normalità la gestione ed in quanto tali, se inerti, possibili destinatari di una provvedimento di revoca ai sensi del quarto comma dell'art. 2409, sono a pieno titolo legittimati passivi. Sembra invece necessaria una precisazione a proposito della parte conclusiva: in quelli cessati dalla carica la legittimazione difetterebbe, quand'anche fossero loro riconducibili le irregolarità denunciate.

Si deve osservare, intanto, che il difetto non potrebbe comunque essere considerato originario ma, al più, sopravvenuto: infatti, gli amministratori (ed i sindaci) da sentire in camera di consiglio ai sensi dell'art. 2409, 2° comma, paiono, in linea di principio, quelli in carica alla data di presentazione del ricorso (lo affermava già App. Milano, 10 febbraio 1984, in *Società*, 1984, 904, peraltro in anni in cui il problema si sarebbe potuto porre solo nei confronti di chi li avesse preceduti), poiché, nella prospettiva del tribunale, non sarebbe possibile prescindere dal libero interrogatorio dei soggetti muniti di funzioni di gestione e di controllo nel periodo in cui ha preso avvio l'iniziativa giudiziale, per la conoscenza dei fatti che essi non possono non avere ed anche, dal loro punto di vista, a tutela del diritto di difesa. In ogni caso essi, diretti destinatari del decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, sono indubbiamente parti del procedimento e, come tali, legittimati a prendere posizione sul contenuto della denuncia in una rituale memoria.

Ed in effetti l'ordinanza dà conto (pag. 2) che, nel caso di specie, "instaurato il contraddittorio, si costituivano i sigg.ri Massimiliano Peres, Alberto Balduzzi e Nicoletta Mancone, quali componenti del consiglio di amministrazione della Sit Logistic S.p.a., i quali concludevano per il rigetto del ricorso". Poi, però, il giorno prima dell'udienza, venivano sostituiti: il tribunale, presone atto, rinviava semplicemente la procedura al successivo 5 ottobre, data in cui veniva sentito il nuovo amministratore, prof. Maurizio Bifulco, non i precedenti, in quanto (sentenza, pag. 6) "amministratori e componenti dell'organo di controllo sostituiti dall'assemblea nella pendenza del procedimento perdono la veste di 'attuali legittimati passivi'...".

È a questo proposito che sembra necessaria una precisazione. È certamente vero che il procedimento disciplinato dall'art. 2409 non equivale all'esercizio del-

l'azione di responsabilità, ed è altrettanto vero che l'intervenuta sostituzione esclude che i "vecchi" amministratori possano essere destinatari (4° comma) di provvedimenti provvisori, meno che mai della revoca (potrebbero esserlo, se del caso, i "nuovi"); ma, a seguire fino in fondo la tesi del tribunale, essi, pur ritualmente costituiti nei termini assegnati, perderebbero poi ogni diritto di contraddire, dunque di esporre le loro ragioni. Parrebbe però una conclusione ben poco sostenibile: i "vecchi" gestori sono e continuano ad essere parti di un giudizio cui sono stati chiamati e nel quale, non essendone stati estromessi, non si vede perché non possano continuare ad interloquire, ad esempio formulando osservazioni sulla relazione dell'ispettore. Certo, la loro posizione è sicuramente più defilata, se considerata con riferimento alle possibili iniziative del tribunale, non tale, tuttavia da dover concludere che essi non possano più essere "attuali legittimati passivi", nel senso – si vorrà scusare il gioco di parole – di parti attive in un dato contesto processuale.

Condizioni e requisiti della denuncia. I principi esposti nella terza massima, sintesi delle argomentazioni dell'ordinanza *in parte qua*, riproducono, in sostanza, il testo normativo, con la precisazione del carattere di attualità del possibile danno, carattere la cui assenza – come si è già avuto modo di osservare – si è rivelata in più occasioni decisivo al fine della reiezione del ricorso di cui si sta trattando.

Ma partiamo dalla quota minima di capitale indicata dalla legge affinché i soci possano proporre la denuncia (dieci per cento, percentuale che però si riduce a cinque per le società che fanno ricorso al capitale di rischio): essa, va ricordato, non deve necessariamente far capo ad un unico socio, poiché nulla impedisce a chi ne detenga una inferiore di unirsi ad altri, sì da raggiungere, insieme, quella richiesta (per tutti Mainetti, *Art. 2409. Denuncia al tribunale*, cit., 940; Dalmotto, *Art. 2409. Denuncia al tribunale*, cit., 1534; in giurisprudenza, da ultimo, Trib. Roma, 6 dicembre 2016, cit.; ma già Trib. Napoli, 14 luglio 1993, in *Società*, 1993, 1499). Sono legittimati anche gli azionisti di risparmio e i titolari di partecipazioni con voto limitato, non i detentori di titoli di godimento, i quali, per definizione, non possono avanzare alcuna pretesa di rimborso del capitale. Con un'ultima avvertenza: non è sufficiente esprimere il decimo (od il ventesimo) dei voti validi in assemblea, dovendosi tener conto, nel computo delle percentuali, delle azioni prive della facoltà di votare (Ambrosini, *Il controllo giudiziario*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 16, 6, Milano, 2013, 357).

I sospetti che inducono alla denuncia devono essere fondati: dunque chi la promuova non può limitarsi ad una loro apodittica prospettazione (Trib. Milano, 28 novembre 2012, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*) o a mere supposizioni, né basarsi su indimostrati rilievi critici (già App. Lecce, 9 luglio 1990, in *Giur. di Merito*, 1990, 927), ma deve fornire indizi consistenti in elementi di sicuro affidamento (Trib. Roma, 6 dicembre 2016, cit.), tali da rendere quantomeno verosimile la sussistenza dei fatti denunciati (Trib. Bolo-

gna, 11 aprile 2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Id., 18 ottobre 2012, *ivi*): di questi, pertanto, non è tenuto a dare la piena prova (Trib. Novara, 21 maggio 2012, Sito *Il caso.it*, 2012), che, invece, è ottenibile attraverso il controllo giudiziario, anche d'ufficio (Trib. Milano, 18 ottobre 2012, cit.).

Le irregolarità sospettate devono essere attinenti alla "gestione", non più – come nel testo anteriore alla riforma – all'"adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci". Al riguardo è possibile osservare che la vigente formulazione consente un'interpretazione (peraltro non condivisa dal Tribunale di Roma) riferita non alla sola gestione corrente, ma anche, più in generale, all'amministrazione della società, compresa quella strategica, e, ancora, alla conduzione dei rapporti tra gli organi ed alle scelte che attengono all'assetto organizzativo. A questa stregua, se si ammette – come sembra corretto ammettere – che la stessa funzione di controllo faccia parte della gestione in senso lato dell'impresa, più precisamente in relazione al suo apparato organizzativo, amministrativo e contabile, alla cui adeguatezza debbono provvedere gli amministratori (Angelici, *La società per azioni*, I, *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 364 e segg.; Montalenti, *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Giur. It.*, 2013, 2176 e segg.), se ne può dedurre che la denuncia al tribunale sia proponibile anche in questa più ampia prospettiva. Ne consegue che, fermo il principio di insindacabilità nel merito delle relative scelte (da ultimo Trib. Bologna, 20 giugno 2017, in *www.ilcaso.it*), l'obbligo dei gestori si traduce (ed è valutabile ai sensi dell'art. 2409) anche nel dovere di ponderare l'incidenza di ciascuna scelta sulla complessiva situazione dell'impresa, "così da evitarsi condotte che, nel loro insieme, portino alla dispersione dei valori aziendali e risultino prive di ragionevolezza strategica quanto al coordinamento dei fattori produttivi, determinando, in sostanza, un declino dell'intero ente" (in tal senso si è espresso, recentemente, pronunciando a seguito di una denuncia, Trib. Milano, 11 ottobre 2016, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, cui si rimanda per il particolare interesse della fattispecie decisa).

Le irregolarità devono comunque essere connotate dalla "gravità", che sussiste "quando siano addirittura violati i principi cardine della struttura organizzativa della società" (G. Ferri sr., *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, 842). Sono tali allorché consistano "nel compimento o nell'omissione di atti che comportino una violazione della norma di legge o dello statuto o delle regole di prudenza e avvedutezza o di corretta amministrazione e conservazione del patrimonio sociale", con la precisazione che "il comportamento denunciato deve, inoltre, essere valutato nell'ambito dell'intera attività della società, essendo priva di rilievo l'eventuale illegittimità dei singoli atti impugnabili anche in via autonoma" (Trib. Novara, 21 maggio 2012 (ordin.), in *www.ilcaso.it*, 2012), cosicché possono assumere rilievo solo gli atti che si discostino da quelli dovuti nella concreta situazione in maniera significativa (Trib. Ro-

ma, 19 marzo 2014, in *Giur. It.*, 2014, 1137, con nota di Bertolotti od in modo rimarchevole (Trib. Milano, 18 ottobre 2012, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Le irregolarità devono altresì – come si è detto all’inizio – essere “attuali”. In proposito basti ricordare che non potrà procedersi oltre se è stata ripristinata la regolare gestione sociale (Trib. Roma, 19 marzo 2014, cit.; Trib. Milano, 7 giugno 2002, in *Giur. It.*, 2002, 2098), ma neppure “quando la violazione, avendo esaurito i suoi effetti, non sia suscettibile di eliminazione, residuando esclusivamente, in tal caso, il rimedio risarcitorio” (Ambrosini, *Il controllo giudiziario*, cit., 364). Infatti la denuncia mira, proprio con il ripristino della gestione, a scongiurare il pregiudizio che potrebbe derivare alla società o alle sue controllate dalla condotta *contra legem* degli amministratori, mentre – come si è già detto – le è estranea ogni prospettiva meramente sanzionatoria, demandata al diverso strumento dell’azione di responsabilità.

Vi è, infine, il requisito del danno, il cui accertamento impone al giudice di compiere un giudizio prognostico, cioè di valutare se dalle irregolarità denunciate possa o meno derivare un nocumento. In proposito si è sostenuto che la denuncia non sarebbe proponibile in relazione ad irregolarità neutre rispetto al patrimonio sociale, come, ad esempio, quelle consistenti in condotte suscettibili di riverberare i propri effetti negativi esclusivamente sulla sfera dei soci (Mainetti, *Art. 2409. Denuncia al tribunale*, cit., 937; così pure l’ordinanza in commento). La tesi, però, è tutt’altro che pacifica. Si è affermato, infatti, che il requisito della dannosità sarebbe riferibile non ai soli danni di tipo patrimoniale, ma quale rafforzativo del requisito della gravità: dunque è stato ritenuto “sufficiente fare riferimento a situazioni che mostrino un possibile turbamento dell’ordinato funzionamento, secondo le norme di legge e di statuto, dei meccanismi di gestione, la cui compromissione rappresenterebbe, per definizione, un danno”, suscettibile di consistere “anche solo in un’apprezzabile lesione dei principi di regolare amministrazione, che si riflette sempre in un pregiudizio, ancorché non per forza di carattere economico, verso la compagine sociale” (Dalmotto, *Art. 2409 c.c.*, cit., 1236 e 1520). A questa stregua, sarebbero gravi anche le irregolarità che incidano sul rapporto di fiducia tra minoranza e amministratori: il bene protetto non sarebbe più “il patrimonio della società ma la vita associativa nel suo complesso, con le sue regole, che tutelano interessi collettivi ma anche gli interessi individuali dei soci” (Terranova, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Milano, 2007, 143).

La recente giurisprudenza pare condividere la seconda tesi, avendo considerato rilevanti, ai fini dell’art. 2409, anche irregolarità suscettibili di provocare non solo “un danno al patrimonio sociale e di conseguenza agli interessi dei soci e dei creditori sociali”, ma anche “un grave turbamento dell’attività sociale” [Trib. Novara, 21 maggio 2012, cit.; nello stesso senso App. Milano, 29 giugno 2012, in *Società*, 2012, 1099; Id.,

Torino, 29 maggio 2007, in *Società*, 2008, 1245, con nota di Marchisio; Id. Salerno, 19 luglio 2005, in *Giur. di Merito*, 2007, 3, 729, con nota di Liace; ed anche Trib. Milano, 18 ottobre 2012, cit.]. In questa prospettiva emerge dunque la nozione di “grave turbamento”, cui pure si richiama il Tribunale di Roma, da intendere quale criterio di chiusura e, al tempo stesso, cartina di tornasole, reattiva di fronte a comportamenti per ciò stesso definibili gravemente irregolari.

La mancata adozione del “modello 231”. Com’è noto, il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato commessi (o tentati) da soggetti posti in posizione apicale o da chi sia sottoposto a loro direzione o vigilanza (art. 5) (in argomento Montalenti, *Prevenzione dei reati tributari* (c.d. Cooperative Compliance), *Modello 231, sistemi di controllo e governance societaria: profili generali e ipotesi di riforma*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2017, 963 e segg.; P. Grosso, *Il d.lgs. n. 231 come strumento di prevenzione dalla corruzione: un primo bilancio*, in *Avoid, transfer, retain. Aspetti giuridici dell’enterprise risk management e diritto delle assicurazioni*, a cura di Calliano, Torino, 2016, 68 e segg.; Giuffrè, *L’organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001 nel sistema monistico*, in *S.p.a. e sistema monistico: Tu vuoi’ fa’ l’americano*, a cura di Cera e Presti, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, Bologna, 1/2016, 233 e segg.; Montalenti, *L’organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in *Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti, Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, 842 e segg.). Di tali illeciti l’ente non risponde non solo qualora i responsabili abbiano agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi, ma pure – questo il punto – se provi (art. 6) che l’organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; che il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento sia stato affidato a un organismo di vigilanza interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (ODV); che le persone abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; ed, infine, che non vi stata stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di vigilanza. Alla luce della pura e semplice formulazione letterale della norma, dunque, l’adozione del c.d. “modello 231” non costituisce un obbligo, ed in tal senso si è espresso il Tribunale di Roma, facendo proprie le conclusioni dell’ispettore in proposito; salvo tuttavia prendere atto, subito dopo ed ancora richiamando la relazione ispettiva, che, nella fattispecie decisa, essa sarebbe stata “più che opportuna”, tant’è vero che il nuovo amministratore, prof. Maurizio Bifulco, aveva dato inizio ad “un percorso volto alla adozione di un simile modello” e che, di conseguenza “almeno allo stato” non poteva dirsi sussistente alcuna irregolarità.

Queste ultime considerazioni permettono però di affermare che, sia pure in modo indiretto, il collegio ca-

pitolo, di fronte al caso sottoposto al suo esame, nel par. 11 dell'ordinanza abbia in qualche misura riconsiderato quanto sostenuto in precedenza, nel par. 3, cioè l'"esclusione di qualsiasi rivelanza" (ai fini di una denuncia) "...dei doveri gravanti sugli amministratori per finalità organizzative, amministrative, di corretto esercizio della vita della compagine sociale...". Tesi che, nei termini in cui è stata esposta, pare in contrasto coll'obbligo che l'art. 2381 pone in capo agli organi delegati di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (5° comma) ed al consiglio, nella sua collegialità, di valutare l'adeguatezza (3° comma); obbligo che, a sua volta, si rivela manifestazione del principio – già ricordato nella terza massima – secondo cui la funzione di controllo non è estranea alla gestione. D'altra parte (si apre una parentesi su di un paragrafo della motivazione non trascritto), anche quando il tribunale, affrontando una contestazione relativa ad anomalie e malfunzionamenti del sistema informatico, ha dato atto che "il sistema contabile ad amministrativo" era "inadeguato alla struttura di Sit Logistic", ma in base ad una serie di considerazioni ha escluso l'esistenza di "una irregolarità gestoria connotata da attualità e potenzialità dannosa", ha in tal modo riconosciuto, implicitamente, la loro astratta rilevanza ai fini del giudizio. Anche a questo proposito, dunque, i ricordati doveri organizzativi o, meglio, le loro violazioni, sono stati reputati non estranei all'art. 2409.

Cosicché, tirando le somme e tornando al "modello 231", è possibile concludere che nella fattispecie in

realtà sussistesse un obbligo degli amministratori, del delegato *in primis*, di dotarne la società, per salvaguardarla dal rischio di dover rispondere (ecco la prospettiva del danno) di eventuali reati commessi dai soggetti di cui all'art. 5 del decreto citato legislativo (in questo senso Montalenti, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, cit., 845; Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Società*, 2008, 1507, con nota di Bartolomucci) e, pertanto, che il suo inadempimento abbia integrato una grave irregolarità: come – lo si ripete – pare aver inteso lo stesso tribunale, avendo giudicato le iniziative assunte dal nuovo amministratore unico atte ad escludere ("allo stato") il requisito dell'attualità. Il che equivale a dire che il principio espresso nella massima è corretto purché ci si limiti alla lettera delle norme (l'art. 6 in particolare) del D.Lgs. n. 231/2001. Quando, invece, si passi a doverle rapportare alle concrete caratteristiche di una società, avendo chiari, nel contempo, i doveri imposti dall'art. 2381, un amministratore minimamente attento non potrà non rendersi conto che attenersi rigorosamente ad una simile, mera interpretazione letterale si tradurrebbe, il più delle volte, soltanto nel confidare che in futuro la società non si trovi mai a dover rispondere ai sensi del decreto (cioè nel fare una scommessa, "sulla pelle" della società, ma anche sulla propria, col serio rischio di perderla); cosicché non potrà non rappresentarsi l'adozione del "modello" se non in termini di obbligo.

Angelo Bertolotti

Responsabilità da direzione e coordinamento

Tribunale Milano, 4 maggio 2017 – Pres. Riva Crugnola – Est. Mambriani – Monti e Rigamonti (avv.ti Martinez, Di Carlo) c. 21 Investimenti SGR (avv.ti Origoni della Croce, Busatta), Capitolotre S.p.A. (avv.ti Molinari, Santoiemma, Crosti) e Accadiesse S.p.A. (avv. Pozzi)

Società – Intermediazione finanziaria – Società di gestione del risparmio – Fondi comuni di investimento – Esercizio di attività di direzione e coordinamento – Responsabilità

È configurabile l'esercizio dell'attività di direzione da parte di una SGR nei confronti delle società partecipate da un fondo gestito da quest'ultima, tenuto conto sia dell'assenza di capacità autonoma di agire in capo ai fondi comuni che dell'imputazione dell'attività di direzione secondo un criterio di effettività.

Omissis. – I fatti posti a fondamento delle domande attee possono essere sintetizzati come segue:

IVRI ha come oggetto sociale, tra l'altro, "la direzione ed il coordinamento di società svolgenti attività di vigilanza privata ed attività collaterali, con le quali sia stato stipulato un apposito contratto di prestazioni di servizi ..."; Monti era stato presidente del c.d.a. di IVRI dal 6 aprile 2006 al 1 aprile 2011, nonché amministratore delegato di IVRI dal

29 gennaio 2007 al 21 settembre 2010, mentre Rigamonti era stato direttore generale di IVRI dal 20 giugno 2007 al 22 febbraio 2011; in data 29 dicembre 2006 Capitolotre acquistava la maggioranza del capitale sociale di IVRI (77,52%); (...) il 29 gennaio 2007 divenivano consiglieri di amministrazione di IVRI Tanzi – cui veniva conferita delega in materia di acquisizioni societarie – e Bonandini (manager anch'esso legato a 21 Investimenti);

(...) la società leader nel settore della sicurezza spagnola Prosegur Companhia de Seguridad S.A. (di seguito "Prosegur") decideva di investire in Italia nel settore della vigilanza; in particolare, il 18 dicembre 2007 l'assemblea straordinaria di Capitolotre deliberava un aumento di capitale di nominali € 1.351.424, oltre sovrapprezzo per € 30.196.767,00, riservato a Prosegur e sospensivamente condizionato al perfezionamento dell'acquisizione da parte di IVRI (...)

In primo luogo, deve essere disattesa l'eccezione, formulata preliminarmente da 21 Investimenti, di inapplicabilità alle società di gestione del risparmio della disciplina di cui all'art. 2497 c.c.

Invero, il disposto del comma 1 dell'art. 2497 c.c., individua quali soggetti tipicamente responsabili, sussistendo gli altri presupposti ivi previsti, "le società o gli enti" che esercitano attività di direzione e coordinamento.

In tal modo, tra l'altro, il legislatore ha affermato il principio per il quale la responsabilità di cui si discute trova il suo presupposto nell'esercizio concreto ed effettivo dell'attività in questione. Ne deriva, per un verso, che la 21 Inve-

stimenti, in quanto società commerciale, è immediatamente inclusa nel novero degli enti ai quali è fisiologica l'imputazione di attività di direzione e coordinamento e, per altro verso, che la sua legittimazione passiva è collegata all'aver o meno effettivamente esercitato tale attività.

A quest'ultimo proposito, risulta del tutto irrilevante il fatto che la titolarità sostanziale delle partecipazioni in IVRI fosse in capo ai fondi di investimento gestiti da 21 Investimenti (Giada Equity Fund e Idea Industria), atteso che è pacifico ex art. 36 TUF che la capacità di agire con riferimento ai beni inclusi nel fondo e il potere di gestione dei fondi stessi stanno in capo alla SGR, talché è proprio nell'esercizio di questo potere che ben può manifestarsi ed essere esercitato quello, in esso incluso (eventualmente in quanto espressione dell'effettiva posizione di controllo), di esercitare direzione e coordinamento della società partecipata. (...) È appena il caso di aggiungere che, a fronte dell'adozione, in sede normativa, del principio di imputazione di responsabilità in relazione all'esercizio effettivo dell'attività di direzione e coordinamento e a fronte della certa incapacità dei fondi di agire con riferimento alle partecipazioni di cui sono titolari e conseguentemente di adottare qualsiasi atto gestorio, è parimenti irrilevante, appunto, tale titolarità. Essendo dunque l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2497 c.c., nel caso di specie, legata solo alla prova dell'esercizio, effettivo ed in concreto, dell'attività direttiva rispetto ad IVRI, la circostanza, a questi fini, che essa società convenuta sia una SGR è inconferente, e, per questo, l'eccezione deve essere rigettata.

Nel merito, in applicazione del criterio della ragione più liquida, reputa il Tribunale che possono essere trattate immediatamente le domande attoree concernenti la sussistenza della responsabilità da direzione e coordinamento delle società convenute e la condanna al risarcimento dei relativi danni, e dunque concernenti, anzitutto, la sussistenza dei presupposti della responsabilità stessa di cui all'art. 2497, comma 1, c.c.

Secondo la giurisprudenza di questo Tribunale, da cui non v'è ragione per discostarsi, detta responsabilità sussiste quando ricorrono: i) la condotta, vale a dire l'esercizio di attività di direzione e coordinamento da parte di una società nei confronti di altra; ii) l'antigiuridicità della condotta, cioè l'esercizio dell'attività nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui ed in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società sottoposte ad essa; iii) l'eventodanno, ovvero il pregiudizio arrecato al valore o alla redditività della partecipazione del socio della società eterodiretta; iv) il nesso di causalità tra condotta ed evento-danno.

Il vaglio di fondatezza delle domande attoree impone, in ragione delle stesse doglianze come dedotte e sopra sintetizzate, di distinguere vari aspetti/fasi della cd. Operazione Prosegur, ovvero: I) l'aumento di capitale deliberato da Capitolotre il 18.12.2007 con rinuncia al diritto di opzione da parte dei soci di Capitolotre, rinuncia funzionale all'ingresso in società di Prosegur; II) l'aumento di capitale deliberato da IVRI il 18.12.2007, operazione straordinaria funzionale anche all'acquisto della partecipazione totalitaria nel capitale di Mabro da parte di IVRI; III) l'acquisizione del 100% di Mabro da parte di IVRI; IV) la gestione di Mabro ed i suoi riflessi sulla situazione economica di IVRI.

Occorre subito notare che, mentre gli aspetti sub I), II) e III) effettivamente costituiscono diverse fasi di una unitaria "operazione di gruppo" – come evidentemente dimostrato dalla sottoposizione degli aumenti di capitale alla condizione sospensiva dell'acquisto, da parte di IVRI, delle quote di Mabro da Prosegur –, l'aspetto sub IV) nulla ha a che fare con attività di direzione e coordinamento svolta da 21 Investimenti e Capitolotre, posto che tale attività – in ragione

della partecipazione totalitaria di IVRI in Mabro – è presumibile ex art. 2497 sexies c.c. in capo alla stessa IVRI e gli attori non hanno dedotto, né tanto meno provato, né che tale attività non sia stata esercitata da IVRI né che essa sia stata invece esercitata da 21 Investimenti o da Capitolotre. Ne consegue che ogni deduzione svolta dagli attori a questo riguardo risulta inconferente rispetto alle domande di accertamento di responsabilità rivolte dagli attori verso 21 Investimenti e Capitolotre ex art. 2497 comma 1 c.c.

Tanto premesso occorre verificare la fondatezza dell'assunto di base della prospettazione attorea: che l'aumento di capitale per oltre 30 milioni di euro riservato a Prosegur in Capitolotre avrebbe dovuto essere effettuato in IVRI. Orbene, quanto alla fase I), osserva il Collegio che la sottoscrizione da parte di Prosegur dell'aumento di capitale deliberato da Capitolotre, pur non costituendo un atto gestionale di IVRI e pur non emergendo al riguardo l'esistenza di direttive gestorie indirizzate ad IVRI – e cioè alla società che, secondo la prospettazione degli attori, sarebbe soggetta all'altrui direzione e coordinamento e avrebbe subito un danno in ragione di quella attività –, tuttavia costituisce una fase della più ampia e complessa operazione che è stata coordinata con quelle (logicamente) successive – l'aumento di capitale di IVRI e l'acquisto di Mabro –, che hanno visto protagonista la stessa IVRI. Per altro verso si deve notare che questa fase consiste di fatto nell'ingresso di Prosegur nella compagine sociale di Capitolotre, ingresso che, nella sua schietta natura negoziale, vede quale elemento necessario (ma non sufficiente) la scelta imprenditoriale di una società terza – Prosegur –, estranea tanto alla società in tesi eterodiretta, quanto alla società dirigente ed al gruppo alla stessa riferibile, sicché la delibera di aumento del capitale sociale si presenta come *res inter alios acta*, rispetto alla quale la società eterodiretta (IVRI) è soggetto terzo.

Tuttavia, considerato che la decisione imprenditoriale di una società (qui Prosegur), estranea ad un gruppo societario, di investire in una subholding (qui Capitolotre), appartenente al gruppo societario cui appartiene anche la società partecipata dai soci attori (qui IVRI), è tuttavia imputabile in pari grado alla prima ed ai soci della seconda, perché la deduzione secondo la quale Prosegur avrebbe dovuto entrare, mediante apposito aumento di capitale, in IVRI e non in Capitolotre, intanto può superare un primo vaglio di fondatezza in quanto gli attori dimostrino che, per Prosegur, fosse indifferente operare in un modo o nell'altro e che 21 Investimenti e Banca Leonardo, abusando del loro potere di coordinamento, non hanno strutturato l'operazione nel modo da essi prefigurato. È appena il caso di notare anzitutto che non solo gli attori non hanno provato la suddetta circostanza, ma nemmeno l'hanno allegata e poi che – poiché, già ai tempi di questa operazione, IVRI era indebitata verso Banco Popolare e Unicredit per oltre 95 milioni di euro – è assai arduo assumere l'"indifferenza" di Prosegur nell'operare il proprio investimento nel modo in cui è stato fatto (aumento di capitale in Capitolotre) ovvero nel modo prefigurato dagli attori (aumento di capitale diretto in IVRI).

Ne consegue che, non essendo stato provato che l'investimento di Prosegur avrebbe potuto essere realizzato non con l'aumento di capitale di Capitolotre, ma direttamente con l'aumento di capitale in IVRI, rimane assorbita la questione dei vantaggi che, in tesi attorea, IVRI, ampiamente indebitata, avrebbe avuto nel secondo caso.

Sol per questo, le domande attoree sub 2., 3., 4. e 8. di risarcimento del danno per mancato ritorno dell'investimento effettuato dai soci devono essere rigettate. È appena il caso di aggiungere che questa fase I) dell'operazione è risultata, per IVRI, assolutamente "neutra" sul piano patrimoniale e finanziario, atteso che l'aumento di capitale in

Capitolotre non ha determinato, per IVRI, alcun pregiudizio patrimoniale, ed anzi, volendo, un vantaggio, costituito dal rafforzamento patrimoniale della sua controllante.

Riguardo alle fasi II) e III), che devono essere considerate unitariamente, è sufficiente osservare che, secondo la medesima prospettazione attorea, l'aumento di capitale deliberato da IVRI in data 18 dicembre 2007 sarebbe necessario per l'acquisizione della partecipazione totalitaria in Mabro, nonché finalizzato al medesimo acquisto. Risulta in atti, tuttavia, che l'aumento di capitale di IVRI è stato deliberato fino ad un massimo di 14 milioni circa di euro e con una prima tranche pari a € 1.355.000, oltre € 4.647.650 a titolo di sovrapprezzo, e che l'acquisto di Mabro si è perfezionato per la minor somma di € 500.000, talché la differenza patrimoniale tra l'importo del capitale deliberato e sottoscritto e quello corrisposto a titolo di prezzo per l'acquisto del capitale di Mabro indica, ad avviso del Collegio, che l'aumento di capitale di cui si discute non era esclusivamente destinato all'acquisto di Mabro, ma, più in generale, ad un rafforzamento patrimoniale di IVRI. E ciò per la non indifferente somma di oltre 5,5 milioni di euro. Passando a valutare nel loro complesso sia le fasi I), II) e III) dell'Operazione Prosegur, risulta altresì del tutto insussistente la prova, ed ancor prima la allegazione, della violazione, da parte di 21 Investimenti e Capitolotre, dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Invero, gli attori, al di là della genericissima ed apodittica affermazione di tale violazione, non hanno allegato alcunché di preciso al riguardo.

In particolare – al di là di ogni considerazione, già sopra svolta, riguardo la concreta praticabilità dell'alternativa da loro prospettata (ingresso di Prosegur in IVRI invece che in Capitolotre) – non è stato chiarito dagli attori né in forza di quale specifico principio gestorio l'operazione avrebbe dovuto essere configurata come da loro divisato invece che come è stata effettivamente realizzata, né soprattutto, quale diverso e migliore equilibrio degli interessi in gioco – rispettivamente facenti capo a 21 investimenti, Capitolotre e IVRI – avrebbe potuto altrimenti essere realizzato (salvo peraltro, il rispetto della *business judgment rule*, pur nella versione affievolita che connota la sua operatività rispetto ad operazioni di gruppo).

A tal proposito deve essere notato che, dell'aumento di capitale di oltre 30 milioni di euro di cui è stata beneficiaria Capitolotre, oltre 13 milioni sono stati utilizzati per l'aumento di capitale della controllata IVRI e di questi solo euro 500.000 sono stati utilizzati per l'acquisto di Mabro. Ne consegue che, a seguito della ricapitalizzazione della società controllante, anche la società controllata, come si è già notato, è stata ampiamente ricapitalizzata.

Si deve aggiungere che questo Tribunale ha già affermato che, in linea generale, la società controllata non ha diritto a reclamare finanziamenti dalla società controllante, la quale, in linea di principio, è libera di determinare le proprie scelte di investimento come meglio ritiene, salve situazioni peculiari ed i limiti eventualmente posti da principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale che possano rilevare nel caso specifico.

Ebbene, a fronte di tale quadro fattuale e giuridico, per altro verso, i soci minoritari attori nemmeno si sono curati di dedurre in base a quale principio di corretta gestione societaria ed imprenditoriale IVRI avrebbe dovuto beneficiare di tutto l'investimento effettuato da Prosegur per fare ingresso in Capitolotre (o, come si è pure detto, perché mai Prosegur avrebbe dovuto acconsentire a strutturare diversamente l'operazione entrando direttamente in una società ampiamente indebitata) e, cioè, per quale motivo l'interesse della controllante avrebbe dovuto essere integralmente sacrificato a beneficio della società controllata.

Le considerazioni sin qui svolte rilevano anche rispetto

all'interesse perseguito da 21 investimenti e Capitolotre nella realizzazione dell'operazione di cui si discute che non può essere ritenuto, per quel che si è detto, esclusivamente proprio né avere trascurato l'interesse di IVRI.

Infine, non risultano profili di danno – riconducibili alla dedotta attività di direzione e coordinamento – né in capo a IVRI né in capo ai soci attori, in quanto – a fronte dell'utilizzo, da parte della società controllante, di una parte considerevole di quanto ottenuto dall'aumento di capitale riservato a Prosegur per la contestuale delibera di aumento di capitale di IVRI – per un verso solo una minima parte era utilizzata per l'acquisto di Mabro, e, per altro verso, nemmeno gli attori hanno dedotto che il valore di Mabro fosse inferiore al prezzo di acquisto. – *Omissis*.

Attività di direzione per mezzo di un fondo comune di investimento

La sentenza qui annotata concerne un'azione di danni avviata da due soci di minoranza di una società operante nel settore dei servizi, nei confronti dei soci di maggioranza di quest'ultima: una s.p.a. e due fondi comuni di investimento (a essere citata in luogo di questi ultimi è la SGR incaricata della loro gestione). A essere contestata è, in particolare, la decisione di aver effettuato un'operazione di rafforzamento patrimoniale funzionale all'ingresso di un nuovo socio (mediante un aumento di capitale sociale riservato) della s.p.a. socia maggioritaria, invece che nella società controllata: tale scelta, a parere degli attori, sarebbe stata ispirata dalla volontà di privilegiare l'interesse della s.p.a. (che come attività si limitava alla gestione della partecipazione nella controllata) rispetto a quello della controllata operativa, che così avrebbe inoltre evitato uno stato di crisi di quest'ultima risoltosi solo mediante un accordo di ristrutturazione dell'esposizione debitoria. Nel merito, il Tribunale ha disatteso tale ricostruzione, osservando non solo che gli attori non hanno provato quali sarebbero stati, per la società aderente all'aumento di capitale, i vantaggi dell'ingresso nella società operativa piuttosto che nella *subholding* ma anche che questa scelta non aveva arrecato dei danni diretti alla controllata (e che, anzi, quest'ultima avrebbe potuto beneficiare del rafforzamento patrimoniale della controllante). La sentenza in commento si segnala per aver affrontato *in apicibus*, quale tema preliminare, la possibilità di esercitare, per una SGR, l'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e segg. c.c. mediante un fondo comune da essa gestito, detentore della partecipazione nella società controllata (sull'attività di direzione e coordinamento in generale cfr. Tombari, *Il diritto dei gruppi d'impresa*, Milano, 2010; Sbisà, *sub art. 2497 in (a cura di Sbisà) Direzione e coordinamento di società nel Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, 2 e segg.; Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 833 e segg.). A fronte, infatti, di un'eccezione preliminare sollevata da parte convenuta, il Tribunale ha affermato che la mancanza di capacità

di agire del fondo, pur titolare della partecipazione sociale, consente di attribuire alla SGR che opera per suo conto sia il controllo societario *ex art. 2359 c.c.* che l'attività di direzione. Prima di affrontare il *dictum* del Tribunale, occorre distinguere i due fenomeni giuridici citati. Il controllo societario – nelle varie forme e modalità di estrinsecazione previste dalla norma – guarda come noto all'influenza dominante che la controllante è capace di esercitare sulla vita della controllata (per gli autori che identificano il controllo con l'influenza dominante v. Campobasso, *Diritto commerciale 2 Diritto delle società*, Torino, 2010, 292; Libonati, *Diritto commerciale Impresa e società*, Milano, 2005, 272; su posizioni contrarie Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 468) e concerne in particolare gli aspetti statici della relazione tra le entità giuridiche; al contrario, l'attività di direzione e coordinamento consiste invece nell'esercizio di un potere di amministrazione su più fasi della vita delle società sottoposte a quest'ultimo in un'ottica unitaria (in cui, cioè, le singole società vengono gestite come se fossero un'unica impresa): a differenza del controllo, viene quindi in rilievo una visione dinamica della relazione, in quanto basata sull'attività (quindi di un insieme di atti coordinati, che assume carattere sistematico e continuativo: v. Badini Confalonieri-Ventura, *sub art. 2497*, in *Il Nuovo Diritto Societario*, a cura di Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Torino, 2004, 2157) svolta dall' esercente la direzione unitaria (su tale distinzione cfr. Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, 773). È opinione comune, pertanto, che l'operatività dell'istituto sia guidata dal principio di effettività, applicandosi ogniqualvolta si accerti concretamente che sia stata posta in essere l'attività in parola (cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2014 in *Società*, 2015, 1377; Guerrera, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 17). Le due nozioni sono comunque tra di loro collegate sul piano normativo, alla luce della disposizione recata dall'art. 2497 *sexies c.c.*, che sancisce una presunzione relativa di esercizio di direzione unitaria ove intercorra una relazione di controllo. In tal modo, la legge ha inteso recepire l'ordinaria prassi delle imprese societarie, in cui al controllo fa seguito anche l'esercizio di effettivi poteri di direzione e indirizzo della società controllata, mantenendo al contempo la possibilità di dimostrare che sulla base del controllo non venga esercitata la citata attività. Tanto premesso, occorre osservare come la succitata presunzione *iuris tantum* – quale momento di emersione legislativa della possibile dissociazione tra controllo e direzione, stante la possibilità di essere superata – consente all'interprete di prendere in considerazione anche ipotesi in cui si abbia una vera e propria alterità tra il titolare della partecipazione di controllo e l'esercente tale attività, a prescindere dal fatto che uno dei due enti possa essere qualificato come soggetto di diritto. Si pensi ad es., ai casi dei *trust* (che per l'ap-

punto non sono soggetti di diritto) o delle società fiduciarie (dotate invece di piena personalità giuridica): nel caso di queste ultime, nella loro versione c.d. statica, il fatto che il mandato fiduciario si limiti alla mera esecuzione delle disposizioni impartite dal fiduciante (v. Jannuzzi, *Le società fiduciarie*, Milano, 1988, 50) che comporta l'eventuale attività di direzione debba essere imputata al fiduciante (se "soggetto giuridico collettivo diverso dallo Stato" ai sensi della legge di interpretazione autentica dell'art. 2497 emanata nel 2009: se così non fosse, la normativa in parola non sarebbe infatti applicabile), quale soggetto che effettivamente assume le decisioni inerenti al rapporto sociale, e non la fiduciaria che finisce, sebbene detentrica della partecipazione, a figurare quale mero *medium* per l'esercizio di tale potere. Ovviamente, tali conclusioni non varrebbero nel caso delle fiduciarie dinamiche, in quanto l'autonomia e la discrezionalità conferite alla società "intermediante" imputerebbero a quest'ultima il ruolo di centro decisionale rilevante ai fini della disciplina di cui si discorre. Quanto ai *trust* (anche qui, assumendo che *trustee* sia nominato un "soggetto giuridico collettivo" ai fini della summenzionata legge del 2009), finiscono per valere principi sostanzialmente identici, in quanto anche nel caso dei *cc.dd. bare trust* – in cui mancano concreti poteri di amministrazione dei beni trasferiti *fiduciae causa* – l'attività di direzione deve essere imputata al disponente, quale soggetto che effettivamente assume le decisioni che riguardando la società eterodiretta, con il *trustee* operante solo quale mero esecutore (sul tema dell'applicabilità al *trust* dell'attività di direzione unitaria cfr. Aa.Vv. a cura di Bassetti, *I trust: criticità, correzioni, sviluppi*, Torino, 2017, 57 segg.). Stante quanto precede, le considerazioni del Tribunale adito appaiono indubbiamente condivisibili: il fondo comune, infatti, non ha sicuramente possibilità di gestire concretamente le partecipazioni che pure gli sono intestate; attività quest'ultima rimessa direttamente dalla legge dalla SGR incaricata dell'amministrazione del fondo. Tale conclusione appare ancora più corretta se si tiene in considerazione un ulteriore argomento non speso dall'organo giudicante, e cioè che, come noto, secondo la tesi oggi maggioritaria il fondo comune costituirebbe un mero patrimonio autonomo, senza assurgere a soggetto di diritto (si veda la nota sentenza Cass., 15 luglio 2010, n. 16605 in *Giur. Comm.*, 2011, II, con nota di Scano, *Fondi comuni immobiliari e imputazione dell'attività di investimento*, 1133 e segg.; e in questa rivista, 2011, con nota di Boggio, *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili*, 333): pertanto, verrebbe comunque a mancare in radice uno dei presupposti di legge per poter invocare, nei confronti dei fondi comuni, la responsabilità di cui si discorre.

Roberto Formisani*

* Le opinioni espresse non impegnano l'Ente – Banca d'Italia – presso cui l'autore presta servizio.

Diritto del Lavoro

a cura di Mattia Persiani

con Emilio Balletti, Marina Brollo, Franco Carinci, Madia D'Onghia, Fiorella Lunardon, Valerio Maio e Michel Martone

Lavoro subordinato

Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2018, n. 836 – Pres. Di Cerbo – Rel. Bogetich – P.M. Sanlorenzo (conf.) – P.S. e figli s.p.a. (avv. Aragiusto) – F.M. (avv. Calvani, Stramaccia). *Cassa Appello Firenze 5 giugno 2014.*

Lavoro subordinato – Declassamento – *Exceptio inadimplenti* – Condizioni

Nel caso di adibizione a mansioni inferiori il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente alla prestazione sospendendo ogni attività lavorativa, ove il datore di lavoro assolva a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, assicurazione del posto di lavoro), potendo – una parte – rendersi totalmente inadempiente e invocare l'art. 1460 c.c. soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte. (Massima non ufficiale)

Omissis. – 1. Con sentenza depositata il 5.6.2014, la Corte di appello di Firenze, in parziale riforma della sentenza del giudice di primo grado, ha respinto la domanda di F.M. di riconoscimento dello svolgimento di mansioni superiori ed ha confermato la statuizione di illegittimità del licenziamento per assenza ingiustificata dal posto di lavoro protratta oltre i quattro giorni consecutivi, con conseguente condanna della società P.S. e figli s.p.a. alla reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 (nel testo precedente la novella apportata dalla legge n. 92 del 2012).

2 – La Corte di appello ha, per quel che rileva, ritenuto sussistente una legittima forma di autotutela posta in essere, ai sensi dell'art. 1460 cod.civ., dal lavoratore che – adibito a mansioni inferiori in data 15.2.2011 – aveva atteso il decorso di oltre due mesi, aveva poi richiesto (con lettera del 19.4.2011) la riassegnazione alle mansioni precedentemente svolte e si era assentato (dal 20.4.2011) dal posto di lavoro.

Ragioni della decisione.

1 – Con l'unico motivo di ricorso (in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5, cod.proc.civ.) la società allega la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1460, 2103, 2119 cod. civ. avendo, la Corte territoriale, ritenuto l'assenza del lavoratore dal posto di lavoro giustificata dall'asserita, e non dimostrata, dequalificazione, condotta che, in ogni caso, non integra i profili di gravità dell'inadempimento richiesti dall'*exceptio inadimplenti* di cui all'art. 1460 cod.civ.

(*Omissis*).

La Corte territoriale ha, invero, rilevato che la modifica delle mansioni assegnate a F.M. era consistita nel cambiamento del reparto (dal reparto produzione al reparto mon-

taggio) e nella privazione delle mansioni di responsabilità prima rivestite, “con compiti meramente esecutivi ed addirittura utilizzandolo per eseguire lavori di bassa manovalanza come la pulitura del piazzale esterno” (pag. 4 della sentenza impugnata). La Corte ha aggiunto, inoltre, che gli elementi probatori, di fonte testimoniale, avevano confermato la ‘platealità’ della degradazione”, che emergeva altresì dalla disamina della declaratoria contrattuale (la declaratoria del V livello super, del c.c.n.l. settore Metallmeccanici, ritenuta correttamente attribuita a F.M.), la quale prevedeva l'autonomia di decisioni sulla successione delle operazioni, sui mezzi e sulle modalità di esecuzione delle attività “affidate ad altro personale”.

3 – Considerato, pertanto, che debbono ritenersi provati i presupposti fattuali per l'applicabilità dell'art. 1460 cod. civ., ossia il parziale inadempimento datoriale consistito nell'adibizione del lavoratore – per circa due mesi – a mansioni inferiori rispetto alla qualifica di appartenenza, va valutata la proporzionalità del comportamento di F.M. che, svolte per due mesi le nuove mansioni assegnate, ha eccepito l'inadempimento con lettera del proprio legale di fiducia (del 19.4.2011), ha ritenuto di assentarsi (dal giorno successivo, ossia dal 20.4.2011) dal posto di lavoro. La Corte distrettuale ha evidenziato che il rifiuto della prestazione diversa da quella in precedenza assegnata trovava giustificazione nell'art. 1460 cod. civ. in considerazione del protrarsi dell'adibizione a mansioni inferiori per oltre due mesi, nonostante diffida formale del legale del lavoratore.

Ritiene il Collegio di confermare l'orientamento già enunciato in precedenti ipotesi concernenti il rifiuto della prestazione a seguito di adibizione a mansioni inferiori, orientamento in base al quale il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente alla prestazione sospendendo ogni attività lavorativa, ove il datore di lavoro assolva a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, assicurazione del posto di lavoro), potendo – una parte – rendersi totalmente inadempiente e invocare l'art. 1460 cod. civ. soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte.

L'adibizione a mansioni non rispondenti alla qualifica rivestita può, difatti, consentire al lavoratore di richiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non lo autorizza a rifiutarsi aprioristicamente, e senza un eventuale avallo giudiziario che, peraltro, può essergli urgentemente accordato in via cautelare, di eseguire la prestazione lavorativa richiestagli, in quanto egli è tenuto ad osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartito dall'imprenditore, ex artt. 2086 e 2104 cod. civ., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost. e può legittimamente

invocare l'art. 1460 cod. civ., rendendosi inadempiente, solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte (cfr. Cass. 29.1.2013, n. 2033; Cass. 20.7.2012 n. 12696; Cass. 19.12.2008 n. 29832, Cass. 5.12.2007 n. 25313).

Nell'alveo di questo orientamento si pone altresì la recente decisione di questa Corte che ha ritenuto giustificato il rifiuto della prestazione lavorativa a fronte di un inadempimento datoriale complesso ossia non esclusivamente consistente in una dequalificazione professionale ma altresì comportante una esposizione a responsabilità penale connessa allo svolgimento delle nuove mansioni (Cass. 19.7.2013, n. 17713).

In linea più generale, con particolare riguardo al requisito della proporzionalità dei comportamenti nell'ambito del contratto a prestazioni corrispettive, questa Corte ha ritenuto il rifiuto della prestazione lavorativa una legittima forma di autotutela a fronte di un inadempimento datoriale che comprometta i beni personali del lavoratore (vita e salute), in violazione del dovere di protezione della persona del lavoratore, e che metta irrimediabilmente a rischio la sua incolumità (cfr. da ultimo Cass. 30/11/2016 n. 24459; Cass. 19/01/2016 n. 831; Cass. 07/05/2013 n. 10553).

4 – La Corte territoriale non si è, inoltre, soffermata sulla tempistica cronologica degli avvenimenti, e in particolare sull'assenza dal posto di lavoro nel giorno immediatamente successivo alla lettera di diffida inoltrata al datore di lavoro, trattandosi di un elemento non trascurabile, al fine di stabilire, nell'ambito della valutazione complessiva del comportamento di F.M. e della ricorrenza della buona fede richiesta dall'art 1460 cod. civ., se il rifiuto allo svolgimento della totalità delle mansioni assegnate poteva realmente essere configurato (*omissis*) come legittima forma di autotutela tale da escludere la sanzione del licenziamento.

5 – Il ricorso va, pertanto, accolto non essendosi, la Corte territoriale, conformata al consolidato orientamento di questa Corte che ritiene legittimo, nel contratto a prestazioni corrispettive ex art. 1460 cod. civ., il rifiuto da parte del lavoratore di essere addetto allo svolgimento di mansioni non spettantegli, sempre che tale rifiuto sia proporzionato all'illegittimo comportamento del datore di lavoro e sia conforme a buona fede. – *Omissis*.

Adempimento e inadempimento delle prestazioni nel contratto di lavoro subordinato

Il rifiuto della prestazione da parte del lavoratore. Per una corretta analisi e comprensione della sentenza in commento occorre premettere alcuni concetti base propri del contratto di lavoro subordinato.

In primis che il contratto *de quo* appartiene ai contratti c.d. sinallagmatici.

La dottrina ha così definito questo aspetto: “Siamo così in grado d'intendere precisamente il significato dell'affermazione... che il contratto di lavoro è un contratto nominato. Nella figura disciplinata dal codice, corrispondente, del resto, alla maniera pressoché esclusiva in cui il lavoro subordinato viene offerto e richiesto nell'attuale assetto economico, la causa caratteristica del negozio sta nello scambio tra il lavoro e la retribuzione (art. 2094). Più precisamente in uno scambio vincolato alla reciprocità, per cui l'obbligazione e la prestazione di una parte è in funzione dell'obbligazione e della prestazione dell'altra, ciò che

assicura al massimo la realizzazione dello scambio nel modo previsto dalle parti. In tal guisa si stabilisce che il contratto di lavoro è un contratto oneroso di scambio, e più specificamente un contratto con prestazioni corrispettive o sinallagmatico – Come al solito il sinallagma è genetico, nel senso che esiste corrispettività fra le obbligazioni delle due parti, e funzionale, nel senso che esiste inoltre corrispettività fra le prestazioni.” (v. Santoro Passarelli *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1967, 131).

Il problema è ora di individuare concretamente le obbligazioni e le prestazioni delle parti.

La prima e più importante prestazione del datore di lavoro è quella di corrispondere la retribuzione. L'obbligazione del lavoratore, *prima facie*, sembra facile a individuarsi, è, ovviamente, l'obbligo di “lavorare”. Ma qui sorge il problema su cosa significhi quel “lavorare”. La dottrina così si esprime (v. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2005, 311 e segg.): “Più complicata è la sistemazione dell'obbligazione fondamentale del lavoratore, consistente nella prestazione di lavoro. Esclusa la configurabilità quale obbligazione negativa di *pati*, che si incardinava sull'idea carneluttiana che al datore di lavoro potesse essere riconosciuto una sorta di potere di ‘godimento’ sulla ‘persona’ del lavoratore ..., ne è stata talora proposta la ricostruzione come *obbligazione di dare*, il lavoratore si impegnerebbe cioè ad erogare e/o a mettere a disposizione le proprie energie lavorative (v. in particolare: D'Eufemia, 1958, 72; Mazziotti, 1974, 75; De Angelis, 1973, 79 e segg.; Bin, 1978, 52). Anche quest'ultima costruzione non è fine a se stessa. È stata infatti prospettata allo scopo di giustificare il diritto del lavoratore alla permanenza del diritto alla retribuzione nel caso di scioperi articolati, che ne rendevano non proficua la prestazione, ovvero per affermare il diritto al permanere della retribuzione, nell'ipotesi di mancata reintegrazione, a seguito di declaratoria di illegittimità del licenziamento.

Tale concezione peraltro – prima che incoerente con il sistema positivo, sul quale non trova specifici appigli – appare in contrasto con la stessa causa del contratto di lavoro che viene a coincidere, nella posizione del datore, con l'interesse di quest'ultimo all'effettiva esecuzione proficua della prestazione. È cioè ‘proprio il comportamento attivo del lavoratore, e non il suo semplice mettersi a disposizione, l'elemento attuativo dell'obbligazione e la causa di realizzazione del risultato dedotto nel rapporto’ (Grandi, 1987, 336).

L'obbligazione del lavoratore è dunque – come ritiene l'opinione assolutamente dominante (v., a parte la manualistica corrente, fra i molti altri: Persiani, 1966, 208; Grandi, 1987, 336, ove ulteriori richiami) – un'obbligazione di *facere* o di attività. Essa è misurabile secondo i parametri dell'oggetto dell'obbligazione: possibilità, liceità, determinatezza.

Ebbene, concludendo, nel sinallagma entra una obbligazione di *facere* caratterizzata da determinatezza.

Ora la Suprema Corte ha accolto l'orientamento in base al quale il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente alla prestazione sospendendo ogni attività lavorativa, ove il datore di lavoro assolva a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, co-

pertura previdenziale e assicurativa, assicurazione del posto di lavoro), potendo – una parte – rendersi totalmente inadempiente e invocare l'art. 1460 cod. civ. soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte.

Il punto critico ci pare proprio questo se il datore abbia assolto a tutti i propri obblighi, avendo su visto che tra i suoi obblighi v'è ovviamente anche l'affidamento delle mansioni che competono al lavoratore perché possa adempiere proficuamente alla sua obbligazione di *facere*, come riconosciuto dalla migliore dottrina. E le mansioni hanno da essere quelle stabilite dall'art. 2103 c.c. nella versione al momento vigente.

Del resto rileggendo il testo della sentenza notiamo che la Corte ammette il rifiuto dell'adempimento della prestazione da parte del lavoratore, oltre che nel caso di "totale inadempimento" del datore, come da essa inteso e su specificato, anche in due altri casi che vengono a porsi al di fuori del suo circoscritto "parziale adempimento" e cioè a) quando la dequalificazione professionale "comporti una esposizione a responsabilità penale" connessa allo svolgimento delle nuove mansioni; e inoltre b) ha ritenuto il rifiuto della prestazione lavorativa una legittima forma di autotutela a fronte di un inadempimento datoriale che comprometta i beni personali del lavoratore (vita e salute), in violazione del dovere di protezione della persona del lavoratore, e che metta irrimediabilmente a rischio la sua incolumità. Ciò potrebbe apparire una incoerenza rispetto all'affermazione della impossibilità del rifiuto della prestazione da parte del lavoratore quando il datore abbia assicurato, come su visto, retribuzione e formali coperture assicurative, il che si presume avvenuto nelle due fattispecie evocate.

A parere nostro la chiave per la soluzione del nodo è che il sinallagma va visto e interpretato storicamente. Non ha più da valere il vecchio sinallagma schematico retribuzione/prestazione lavorativa. Dai primi anni del dopoguerra, anche attraverso le lotte sindacali, è maturata una maggiore coscienza sociale della dignità del lavoratore e del valore intrinseco dei beni di vita e salute della persona.

In oggi il sinallagma va visto quindi dalla parte del datore come una pluralità di obblighi primari, tutti sullo stesso piano (retribuzione (art. 2094 c.c.), affidamento delle mansioni spettanti (art. 2103 c.c.), tutela della integrità fisica e della personalità morale del prestatore di lavoro (art. 2087 c.c.), v. pure orientamento richiamato nella sentenza in commento). (Al proposito v. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Tomo II, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2003, 38 e segg. "La sicurezza come oggetto del primo debito contrattuale dell'imprenditore verso qualsiasi prestatore di lavoro.... Ma si dovette attendere il 1941 per l'emanazione – nel nuovo libro del lavoro – di una norma che esplicitasse l'obbligo universale di sicurezza del datore nei confronti del prestatore di lavoro: quella che l'anno successivo sarebbe diventata l'art. 2087 del codice civile. La collocazione di questa norma all'inizio della parte del libro V dedicata al lavoro nell'impresa, prima di ogni altra norma inerente al

rapporto di lavoro e alla sua qualificazione, addirittura prima delle norme – di rilievo almeno teoricamente preminente, nel sistema corporativo – sulla responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato circa 'l'indirizzo della produzione e degli scambi' (artt. 2088-2092), sottolinea per un verso il rilievo prioritario che l'ordinamento attribuisce all'obbligo di sicurezza (destinato a essere ribadito solennemente di lì a poco dagli artt. 32 e 41 Cost.), per altro verso la sua riferibilità a qualsiasi rapporto di collaborazione – indipendentemente dal tipo legale del contratto – nel quale sia in qualche modo in gioco 'l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore' ..." Prima ancora dell'obbligo di retribuire il lavoratore, sull'imprenditore grava l'obbligo di creare per lui un ambiente accogliente e sicuro...". Ma ancor prima vigendo il codice del 1865, Barassi, 1901, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano ristampa anastatica*, 2003, Milano, 566: "Stando a quanto ora dicemmo, siccome oggi è sentimento profondamente radicato, nella coscienza comune che il principale debba trattare umanamente l'impiegato e crearli un ambiente di lavoro sano, adeguato alla necessità che l'operaio venga tutelato nella sua salute, così potremmo dire che il rapporto locativo, oggi, dovrà essere regolato, alla stregua di questo sentimento; e cioè, nel contenuto dell'obbligazione complessa del conduttore d'opere, deve rientrare l'obbligo di fornire un ambiente sano di lavoro, e buoni strumenti di lavoro.").

Si è poi affermata la metodologia della interpretazione costituzionalmente orientata che in più punti valorizzano la persona umana di per sé (v. art. 2 Cost., lo stesso art. 41 Cost.).

Dal che consegue che la violazione del sinallagma così concepito può configurare l'inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. che giustifica il rifiuto della controparte. Poco ci dice, sulla contrarietà alla buona fede, che tale rifiuto si sia concretizzato a ridosso della lettera di diffida del legale del lavoratore, dal momento che lo stesso aveva atteso per oltre due mesi la riassegnazione alle precedenti mansioni. Ancor più ove si consideri, in presenza di un provvedimento cautelare, come suggerito dalla Corte, le difficoltà di una esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare.

Infine anche accettando il principio consolidato della Suprema Corte "che ritiene legittimo, nel contratto a prestazioni corrispettive ex art. 1460 c.c., il rifiuto da parte del lavoratore di essere addetto allo svolgimento di mansioni non spettantegli, sempre che tale rifiuto sia proporzionato all'illegittimo comportamento del datore di lavoro", non si può escludere che il giudizio della Corte territoriale sia basato sulla valutazione di proporzionalità: basta rileggere la descrizione del declassamento, "utilizzando[lo] per eseguire lavori di bassa manovalanza come la pulitura del piazzale esterno"; così come viene evidenziata la "platealità" della degradazione. Né, almeno a quel che sembra, con la diffida, il lavoratore ha mancato di informare il datore preliminarmente.

Massimo Viceconte

Procedimento disciplinare

Cassazione civile, 6 ottobre 2017, n. 23408 – Pres. Napoletano – Rel. De Gregorio – P.M. Mastroberardino – IMATION S.r.l. (avv. Giglio, Prati) – C.D. (avv. Ametrano). *Rigetto*

Lavoro subordinato – Procedimento disciplinare – Art. 7, L. n. 300/1970 – Obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione la documentazione relativa ai fatti contestati – Insussistenza – Richiesta espressa della documentazione da parte del lavoratore – Esercizio diritto di difesa – Correttezza e buona fede

L'art. 7, L. n. 300/1970 non prevede, nell'ambito del procedimento disciplinare, l'obbligo per il datore di lavoro di mettere spontaneamente a disposizione del lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati, restando salva la possibilità per il lavoratore di ottenere, nel corso dell'eventuale giudizio di impugnazione del provvedimento disciplinare, l'ordine di esibizione della documentazione stessa. Tuttavia, qualora il lavoratore ne faccia specifica e tempestiva richiesta nel corso del procedimento disciplinare, il datore di lavoro è tenuto, in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, ad offrire in consultazione i documenti aziendali necessari per consentire al lavoratore di predisporre un'adeguata difesa. (Massima non ufficiale)

Fatto. Svolgimento del processo:

La Corte di Appello di Milano con sentenza n. 93, pubblicata il 13 febbraio 2015, rigettava il gravame interposto da C.D. avverso la pronuncia n. 5285, emessa e depositata il 18-12-2012, mediante la quale il locale giudice del lavoro aveva respinto la domanda del medesimo C., volta ad invalidare il licenziamento a costui intimato con missiva del 30/06/2010, previa contestazione disciplinare da parte della convenuta IMATION S.r.l. in data 15/06/2010 (avente ad oggetto attività di concorrenza sleale posta in essere dal dipendente insieme alla moglie, sig.ra T.S., impiegando allo scopo anche la denominazione T.S.), nonché previa audizione personale richiesta dall'incolpato.

Secondo la Corte distrettuale, il primo motivo di gravame circa la contestazione disciplinare non poteva essere condiviso. Infatti, detta contestazione conteneva una descrizione delle condotte addebitate idonea alla comprensione dei fatti da parte del destinatario e all'esercizio del diritto di difesa. Il testo della missiva, all'uopo riportata, descriveva in modo specifico e sufficientemente dettagliato le violazioni ascritte al lavoratore: le condotte contestate risultavano infatti menzionate con indicazione del contenuto, dei prodotti che ne costituivano l'oggetto, nonché delle generalità dei soggetti coinvolti; elementi tutti che consentivano certamente al C. l'adeguata individuazione dei fatti in contestazione. Né poteva attribuirsi alcuna rilevanza alla mancata ostensione, da parte della società, della documentazione, ed in particolare dei messaggi di posta elettronica, sulla base della quale i comportamenti in questione erano stati dalla stessa accertati. L'onere di specifica contestazione di addebiti se da un lato imponeva al datore di lavoro disporre in modo dettagliato e comprensibile i fatti oggetto di

procedimento disciplinare, d'altro canto non obbligava alle esibizioni, nel corso dello stesso, degli elementi di prova in base ai quali essi erano pervenuti a sua conoscenza.

(Omissis)

Diritto. Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso, il C. ha denunciato violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, per il fatto che parte datoriale aveva prodotto soltanto in sede di costituzione in giudizio tutte le e-mail sulle quali si fondava la contestata concorrenza sleale, asseritamente provenienti dall'incolpato, omettendo di mettere a disposizione in sede di audizione prima del licenziamento in data 28 ottobre 2010. Di conseguenza, andava affermato in diritto, L. n. 300 del 1970, ex art. 7 che la contestazione disciplinare in sede di audizione deve consentire al lavoratore di venire a conoscenza degli addebiti, di visionare tutti documenti comprovanti le sue responsabilità e di poter dunque argomentare compiutamente a sua difesa, non potendo essere riservata solo al giudizio la produzione documentale a sostegno delle ragioni di parte datoriale; in ogni caso, incombe al datore di lavoro anche la prova della legittima apprensione dei documenti posti a base della decisione circa la risoluzione del rapporto, specialmente ed implicitamente allorché si tratti di comunicazioni personali. Parimenti, andava fornita la prova dell'effettiva messa a disposizione del lavoratore degli atti e documenti contestatigli. Infine, doveva essere fornita la prova che gli atti e i documenti siano stati legittimamente acquisiti, e non già captati fraudolentemente.

(Omissis)

Orbene, il primo motivo risulta comunque infondato, condividendo il collegio il principio affermato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. tra le altre Cass. lav. n. 23304 del 18/11/2010), secondo cui la L. n. 300 del 1970, art. 7 non prevede, nell'ambito del procedimento disciplinare, l'obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione del lavoratore, nei cui confronti sia stata elevata una contestazione di addebiti di natura disciplinare, la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati, restando salva la possibilità per il lavoratore medesimo di ottenere, nel corso del giudizio ordinario di impugnazione del licenziamento irrogato all'esito del procedimento suddetto, l'ordine di esibizione della documentazione stessa (in senso analogo v. pure Cass. lav. n. 18288 del 30/08/2007, conforme id. n. 7153 del 17/03/2008. Cfr. altresì Cass. lav. n. 6337 del 13/03/2013, secondo cui nel procedimento disciplinare, sebbene la L. 25 maggio 1970, n. 300, art. 7 non preveda un obbligo per il datore di lavoro di mettere spontaneamente a disposizione del lavoratore, nei cui confronti sia stata elevata una contestazione, la documentazione su cui essa si basa, egli è però tenuto, in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, ad offrire in consultazione i documenti aziendali all'incolpato che ne faccia richiesta, laddove l'esame degli stessi sia necessario per predisporre un'adeguata difesa).

Per contro, nel caso di specie qui in esame, dalle scarse allegazioni di cui si detto, in relazione al richiamato art. 366, circa il ricorso del ricorrente non risulta che costui abbia specificamente e tempestivamente fatto espressa richiesta della documentazione in parola nel corso del procedimento disciplinare, laddove il contrario pare di dover invece desumere dalle surriferite precise enunciazioni sul punto contenute nel controricorso, dalle quali emergono,

tenuto soprattutto conto della suddetta audizione personale, richiesta dal diretto interessato, che in quella occasione egli fu ampiamente reso edotto pure delle fonti di accusa a suo carico, quindi fornendo le proprie giustificazioni in merito. Ad ogni modo, non è stata debitamente allegata alcuna pronta, precisa ed univoca richiesta in proposito avanzata dall'incolpato (che non risulta, invero, essere stata ritualmente dedotta dal C. mediante apposito motivo con l'interposto gravame, sicché a nulla vale la pur generica dichiarazione del teste S. riportata a pagg. 15 e 16 del ricorso - ...Ho chiesto di visionare le e-mail, ma ci fu risposto che si trattava di documentazione provata che sarebbe stata resa pubblica in altra occasione...- per giunta contrastata dalla testimonianza G.).

D'altro canto, il ricorrente non ha denunciato, ex art. 360 c.p.c., la violazione della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 7 per genericità della contestazione disciplinare, né per intervenuta modificazione della stessa, nel qual caso avrebbe

potuto eventualmente assumere rilevanza la produzione di ulteriore documentazione concernente addebiti in precedenza non contestati, sicché non è stata neanche dedotta la violazione del principio della immutabilità (a tal riguardo v. anche Cass. lav. n. 12644 del 13/06/2005, secondo cui i principi di specifica contestazione preventiva degli addebiti e di necessaria corrispondenza fra quelli contestati e quelli adottati a sostegno del licenziamento disciplinare o di ogni altra sanzione, posti dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori in funzione di garanzia del lavoratore, non escludono in linea di principio modificazioni dei fatti contestati concernenti circostanze non significative rispetto alla fattispecie, il che ricorre quando le modificazioni non configurano elementi integrativi di una diversa fattispecie di illecito disciplinare, non risultando in tal modo preclusa la difesa del lavoratore).

(*Omissis*)

Pertanto, il ricorso va respinto – *Omissis*.

Esiste un diritto di accesso alla documentazione nel procedimento disciplinare?

Federico D'Addio*

Con la sentenza Cass. civ. 6 ottobre 2017, n. 23408 la Corte di cassazione ha ribadito e precisato ulteriormente il più recente orientamento giurisprudenziale secondo cui dall'art. 7, L. n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori) non scaturisce un obbligo in capo al datore di lavoro di offrire spontaneamente al lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati. Tuttavia, ed è qui l'elemento di novità della sentenza annotata, un obbligo di messa a disposizione della suddetta documentazione potrebbe venire ad esistenza in ragione dell'applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede e sempreché il lavoratore abbia presentato, nel corso del procedimento disciplinare, una specifica e tempestiva richiesta e l'esame della documentazione sia necessaria a consentire al lavoratore di predisporre un'adeguata difesa.

Premessa: il giudizio di merito

Con la sentenza annotata, la Sezione lavoro della Corte di cassazione ha ribadito, precisato ulteriormente e condotto a sintesi diversi orientamenti giurisprudenziali già da tempo consolidati in materia di procedimento disciplinare e di accesso da parte del lavoratore alla documentazione aziendale inerente alla contestazione.

Prima di analizzare nel dettaglio le argomentazioni che sorreggono la decisione in commento, sembra utile, al fine di una migliore comprensione dei termini della questione, ricostruire il caso.

La controversia trae origine dall'impugnazione del licenziamento disciplinare intimato sulla base di una contestata attività di concorrenza sleale posta in essere dal dipendente e la moglie.

Secondo i giudici di primo e secondo grado, la contestazione disciplinare conteneva una descrizione delle condotte addebitate idonea, per specificità e sufficienza descrittiva, a consentire la comprensione dei fatti e l'esercizio effettivo del diritto di difesa. D'altro canto, sempre ad avviso dei giudici del merito, la mancata ostensione da parte del datore di lavoro della documentazione, in particolare dei messaggi di posta elettronica mediante i quali erano stati accertati i comportamenti addebitati, non avrebbe alcuna rilevanza ai fini della decisione, atteso che non esiste un obbligo

di esibizione degli elementi di prova durante il procedimento disciplinare.

La sentenza annotata

In ragione del primo motivo di ricorso per cassazione, la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'esistenza o no in capo al datore di lavoro di un obbligo, scaturente dall'art. 7, L. n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori), di offrire spontaneamente in visione, nel corso del procedimento disciplinare, i documenti aziendali relativi alla contestazione degli addebiti mossi, in particolare quelli comprovanti la responsabilità del lavoratore.

Ebbene, la Sezione lavoro ha avuto modo di ribadire che l'art. 7, L. n. 300/1970 non sancisce un obbligo per il datore di lavoro di mettere spontaneamente a disposizione del lavoratore durante il procedimento disciplinare la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati, restando comunque salva la possibilità per il lavoratore di ottenere, nel corso del giudizio di impugnazione del licenziamento irrogato, l'ordine di esibizione della documentazione stessa (in senso analogo, cfr. Cass. cv., Sez. lav., n. 18288/2007; n. 7153/2008; n. 6337/2013).

Tuttavia, la Suprema Corte, rinviando ai precedenti giurisprudenziali sopra richiamati e sviluppandoli ulteriormente, ha anche affermato che, sebbene l'art. 7

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

St. lav. non preveda un obbligo in tal senso, il datore di lavoro è, in ogni caso, tenuto, in base ai principi generali di correttezza e buona fede, ad offrire in consultazione i documenti aziendali su cui si basa la contestazione, sempreché vi sia una specifica e tempestiva richiesta del lavoratore e l'esame degli stessi si renda necessario al fine della predisposizione di un'adeguata difesa.

Sul punto, giova anche sottolineare che la Suprema Corte è giunta a tali conclusioni anche in ragione di ciò che, nel caso di specie, il lavoratore non ha specificamente e tempestivamente fatto esplicita richiesta, nel corso del procedimento disciplinare, della documentazione in questione né ha denunciato, nel ricorso per cassazione, la violazione dell'art. 7 St. lav. per genericità della contestazione disciplinare o per intervenuta modificazione della stessa (c.d. principio di immutabilità della contestazione)¹.

Prima di analizzare nel dettaglio i precedenti arresti della giurisprudenza di legittimità in materia, pare opportuno svolgere una breve ricostruzione in ordine al potere disciplinare del datore di lavoro.

Peculiarità e limiti (procedurali) del potere disciplinare del datore di lavoro

Com'è noto, il potere disciplinare del datore di lavoro è, senza dubbio, un potere del tutto sui generis, se non "anomalo"², che ha trovato la sua giustificazione, dapprima, nella stessa organizzazione del lavoro nell'impresa e successivamente nel diritto positivo (vd. art. 2106 c.c. e art. 7, L. n. 300/1970)³.

Proprio l'art. 7, L. n. 300/1970, nel positivizzare alcune garanzie di tutela della posizione del soggetto passivo nel procedimento disciplinare - molte delle quali, peraltro, già codificate dal sistema disciplinare del pubblico impiego e dalla contrattazione collettiva antecedente all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori⁴ -, avrebbe avuto il merito di rendere compatibile e adeguare siffatto potere, ed anche la strut-

tura autoritaria dell'impresa, tanto ai principi costituzionali quanto a quelli del contratto⁵. Ed infatti, l'art. 7 St. lav. ha assoggettato il potere disciplinare a specifiche forme di esercizio (e, conseguentemente, di controllo) dirette a tutelare la posizione contrattuale e, prima ancora, la persona del lavoratore.

Tra le previsioni e regole procedurali stabilite dall'art. 7 - che, come anticipato, assurgono a veri e propri criteri di legittimità dei provvedimenti disciplinari stessi -, una particolare rilevanza assumono quelle che operano in una fase "antecedente" alla deliberazione del provvedimento sanzionatorio e in funzione "strumentale" a esigenze di diverso tipo⁶.

Si è parlato al riguardo di c.d. processualizzazione o, meglio, procedimentalizzazione del potere disciplinare attraverso la previsione di una serie di adempimenti a cui si riconnettono posizioni reciproche di diritti, oneri e obblighi⁷, con conseguente introduzione di principi di certezza connessi alla necessità di una contestazione specifica e immodificabile e alla preventiva escussione dell'incolpato a sua difesa, occasione, questa, secondo alcuni, di rimediazione datoriale e di possibile raffreddamento dello strumento disciplinare prima della eventuale irrogazione della sanzione⁸.

Due sono, in particolare, le regole procedurali, tra loro strettamente connesse, poste a tutela del lavoratore "incolpato": il principio della previa contestazione per iscritto dell'addebito, che dà di fatto avvio al procedimento disciplinare, e la previsione di un termine dilatorio minimo, entrambi strumentali all'esercizio del diritto di difesa all'interno del procedimento in un momento antecedente all'adozione del provvedimento disciplinare modificativo o estintivo del rapporto di lavoro.

Ad avviso di parte della dottrina, infatti, le previsioni dell'art. 7 St. lav. trovano il loro fondamento direttamente nella Costituzione, in particolare nell'art. 24, 2° comma da cui si ricaverebbe il diritto di difesa nei confronti di qualunque potere punitivo⁹.

¹ Nel qual caso - sempre ad avviso della sentenza in commento - avrebbe potuto assumere rilevanza la produzione di ulteriore documentazione concernente addebiti in precedenza non contestati.

² Parla di vera e propria "anomalia" del potere disciplinare M. Papaleoni, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1996, 1 e segg., ma ancora prima cfr. G. Vardaro, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, fasc. 29, 8.

³ È stato osservato che il potere disciplinare è stato da sempre guardato con sospetto dalla prevalente dottrina italiana in quanto considerato un potere di supremazia personale e sociale poco compatibile con i principi affermati dalla Costituzione repubblicana e con la logica contrattuale della parità delle parti tipica del diritto privato. Per una sintetica ma puntuale ricostruzione del dibattito dottrinale in ordine al fondamento e alla natura del potere disciplinare, cfr. M. Persiani, *Preliminari al potere disciplinare*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo I, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, 769 e segg. Proprio perché espressamente previsto e regolato dall'art. 2106 c.c. e dall'art. 7 della L. n. 300/1970, il potere disciplinare, secondo l'Autore, non può che costituire un effetto naturale del contratto di lavoro

subordinato. D'altra parte, molti poteri privati nascono come "poteri di fatto" salvo una successiva giuridicizzazione che avviene quando l'ordinamento giuridico statutale li prevede e li regola, cfr. sul punto anche A. Lener, voce "Potere", in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 611.

⁴ Per un'approfondita analisi delle soluzioni approntate dalla contrattazione collettiva precedente all'entrata in vigore della L. n. /1970, cfr. L. Montuschi, *Art. 7*, in AA.VV., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 1972, in particolare 61 e segg.

⁵ Cfr. M. Persiani, *op. cit.*, 784.

⁶ Cfr. L. Spagnuolo Vigorita, G. Ferraro, *Art. 7*, in U. Prospreti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, 173-175. In particolare, le esigenze da soddisfare consistono in ciò che il potere disciplinare si deve attivare "soltanto a seguito di un sereno acclaramento dei fatti contestabili" e che l'attività difensiva sia "nel corso del procedimento effettivamente esercitabile".

⁷ *Ibidem*, 175.

⁸ In tal senso, cfr. M. Del Conte, *Il procedimento disciplinare*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo I, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, 858.

⁹ Cfr. L. Spagnuolo Vigorita, G. Ferraro, *op. cit.*, 174.

Tuttavia, il procedimento disciplinare non va caricato di contenuti o ricostruito in termini di “giusto processo”, ciò in quanto l’art. 7, L. n. 300/1970, pur delineando un procedimento contraddistinto dalla peculiarità di “unificare in una sola parte tre distinti ruoli: quello di parte lesa, di accusatore e di giudice” (cfr. Cass. civ., Sez. lav., sentenza n. 5745/1997), non enfatizza “le opportunità di difesa stragiudiziale concesse al lavoratore, atteso che il datore di lavoro è pur sempre parte, e non terzo imparziale” (cfr. Cass. civ., Sez. lav., sentenza n. 8773/1992 e n. 8571/1996).

Sembra essere stato, pertanto, previsto soltanto un “succinto” contraddittorio, peraltro funzionale più che al procedimento disciplinare al giudizio successivo¹⁰, che permette al lavoratore di svolgere la propria difesa senza, però, poter perseguire e realizzare strumentali dilazioni temporali¹¹.

Dato conto sinteticamente delle problematiche generali connesse al potere disciplinare e del quadro normativo connesso al relativo procedimento, è ora possibile analizzare nel dettaglio i precedenti giurisprudenziali in materia di accesso alla documentazione relativa alla contestazione disciplinare.

I precedenti giurisprudenziali in materia di diritto di accesso nel procedimento disciplinare

Sebbene non copiosi e poco valorizzati¹², vi sono diversi arresti giurisprudenziali in materia di diritto di accesso del lavoratore alla documentazione posta a fondamento o, comunque, connessa alla contestazione disciplinare nell’ambito del procedimento di cui all’art. 7, L. n. 300/1970.

A quanto risulta, la prima sentenza che si è occupata della questione è la n. 10121/1998 con cui la Corte di Cassazione ha avuto modo di affrontare, in realtà, non

tanto il problema dell’esistenza o no e degli eventuali limiti del diritto di accesso alla documentazione aziendale nell’ambito del procedimento disciplinare quanto la questione della necessità di un’esplicita richiesta di esibizione della suddetta documentazione da parte del lavoratore incolpato. In particolare, in quell’occasione, la Suprema Corte non è arrivata a decidere sulla fondatezza della lamentata lesione del diritto di difesa per non aver il datore di lavoro consentito di consultare la documentazione indicata nella contestazione scritta, ciò perché il lavoratore ricorrente non aveva dato prova, nel giudizio, di aver richiesto, nel corso del procedimento disciplinare, di prendere visione di tale documentazione¹³.

Un secondo arresto è rappresentato dalla sentenza n. 14225/2000 che ha dato per assodata o, comunque, ha implicitamente riconosciuto l’esistenza di un diritto di accesso in capo al lavoratore nell’ambito del procedimento disciplinare, atteso che essa reca la precisazione secondo cui la documentazione consultabile è soltanto quella avente “diretta e precisa connessione” con gli addebiti contenuti nella contestazione scritta¹⁴. Ciò sulla base del rilievo, “intuitivo” e tradizionalmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che “il datore di lavoro, nell’ambito della procedura di contestazione, non si pone [...] quale soggetto imparziale cui sia affidata la conduzione di una sorta di procedimento a carattere pregiudiziale”, ma è “soltanto obbligato a rendere noto preventivamente al lavoratore l’addebito costituente il fondamento della sanzione che intende irrogare”, il che non implica una “formulazione analitica” ma soltanto che “dal tenore complessivo risulti individuata in maniera inequivoca l’infrazione disciplinare ai fini di un compiuto esercizio del diritto di difesa da parte del lavoratore”¹⁵.

Nella medesima sentenza n. 14225 del 2000, la Su-

¹⁰ S. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in P. Schlesinger (fondato da), F. Busnelli (diretto da), *Codice Civile. Commentario*, Milano, 2002, 355.

¹¹ Cfr. M. Del conte, *op. cit.*, 859. In letteratura è stata criticata la coincidenza in capo ad un unico soggetto, e cioè il datore di lavoro, di una pluralità di ruoli (parte lesa, accusatore e giudice), cfr. L. Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, 186 e segg. Sul punto, giova, però, anche richiamare la sentenza della Corte cost. n. 204/1982 che, chiamata a pronunciarsi su alcune questioni di legittimità costituzionale relative all’art. 7 St. lav., in particolare se tale disposizione debba o no applicarsi anche ai licenziamenti disciplinari, ha avuto modo di affermare che “lo svolgersi di un procedimento”, espressione della regola del contraddittorio, è un “essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari” frutto di uno “sviluppo [...] ad un tempo socio-politico e giuridico formale”, il cui rispetto “tanto più è dovuto per quanto competente ad irrogare la sanzione è (non già - come avviene nel processo giurisdizionale - il giudice per tradizione e per legge “*super partes*”, ma) la una pars”.

¹² Parla di “questione poco considerata in dottrina e giurisprudenza, ma nondimeno assai delicata” S. Mainardi, *Il potere disciplinare*, cit., 420.

¹³ “La sentenza impugnata è giuridicamente corretta nella parte in cui sottolinea la necessità che il lavoratore, il quale adduca lesione del suo diritto di difesa per non avergli il datore di lavoro consentito di verificare la documentazione indicata nella contestazione dell’addebito a prova dei fatti addebitati, dimostri di avere

richiesto di prendere visione di tale materiale probatorio”, cfr. Cass., Sez. lav., sentenza n. 10121/1998, con nota di L. Calafà, *Licenziamento per giusta causa e richiesta di esibizione della documentazione in possesso del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, 794 e segg. Peraltro, nel caso di specie, non vi era stata nella lettera di giustificazione del lavoratore alcuna esplicita richiesta ma solo una generica doglianza di ignorare la documentazione in questione.

¹⁴ Più nello specifico, “la documentazione alla quale il lavoratore ha diritto di accedere per potere approntare una adeguata difesa [...] non può che essere quella avente diretta e precisa connessione con gli addebiti oggetto della contestazione”, e non invece “altra e diversa documentazione che pure, a giudizio dello stesso lavoratore, potrebbe in qualche modo risultargli utile consultare”, cfr. Cass., Sez. lav., sentenza n. 14225/2000, con note di: S. Mainardi, *Contestazione e diritto di accesso ai documenti connessi agli addebiti disciplinari*, in *Il Lav. Giur.*, 2001, 2, 139 e segg.; S. Borelli, *Specificità della contestazione e obbligo di documentazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, III, 538 e segg.

¹⁵ Cfr. anche Cass., Sez. lav., sentenza n. 7105/1994, con nota di A. Pizzoferrato, *Reticenze e omissioni della contestazione disciplinare*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, 376 e segg., secondo il quale il requisito della specificità della contestazione era, all’epoca, oggetto di tendenze giurisprudenziali estensive nel senso che, abbandonato il rigorismo consistente nell’analitica e puntuale indicazione dei fatti costitutivi dell’addebito (cfr., fra le altre, Cass., Sez. lav., sentenza n. 2940/1990 e n. 2369/1982), la giurisprudenza

prema Corte ha altresì osservato che la ratio dell'art. 7 St. lav. induce a ritenere che il datore di lavoro è tenuto ad offrire, in consultazione, la documentazione al lavoratore incolpato "solo in quanto e nei limiti in cui tale consultazione sia necessaria al fine di una contestazione dell'addebito idonea a permettere alla controparte una adeguata difesa", ciò in quanto "al datore di lavoro non è demandato il compito di presiedere all'obbiettivo accertamento, in fase pregiudiziale, della sussistenza dello addebito disciplinare" e "la procedura di contestazione di cui al citato art. 7 va naturalmente ricondotta nell'ambito di una controversia che vede contrapposte parti portatrici di interessi nettamente divergenti".

In dottrina è stato osservato che le due sentenze sopra analizzate hanno in comune un'attenzione particolare alle circostanze di fatto del caso concreto, in particolare a ciò che, in entrambe le fattispecie, la contestazione del datore di lavoro, per soddisfare il requisito di specificità, non poteva fare a meno della documentazione indicata nella stessa¹⁶. Onde, secondo questa opinione, l'affermazione per cui il diritto di accesso alla documentazione e il corrispondente obbligo in capo al datore di lavoro verrebbero ad esistere soltanto in quanto e nei limiti in cui la consultazione sia necessaria al fine di integrare una contestazione dell'addebito idonea a consentire un'adeguata difesa si fonderebbe sul principio di specificità ancorché non vi sia nelle sentenze citate un riferimento esplicito di questo tipo.

Non è mancato chi, invece, ha mosso severe critiche a tale orientamento giurisprudenziale, il quale sarebbe "reo" di aver affermato un onere procedurale ulteriore (rispetto all'obbligo di specificità e puntualità della contestazione) a carico del datore di lavoro o, meglio, un requisito di specificità "arricchito" che comporterebbe "l'obbligo del datore di lavoro non solo di descrivere in contestazione il contenuto del documento che supporta l'addebito, ma

di porre il lavoratore nelle condizioni di avere, già nel corso della fase "istruttoria" del procedimento disciplinare, la materiale disponibilità della prova"¹⁷. D'altro canto, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che "la contestazione ha per oggetto l'addebito: non le relative prove", con la conseguenza che "è sufficiente che il datore indichi la fonte della sua conoscenza" (cfr. Cass. civ., Sez. lav., sentenza n. 22236/2007).

In un'ulteriore sentenza, la n. 488/2005, la Suprema Corte ha avuto modo di affrontare il tema, anche se marginalmente in quanto in quell'occasione si discuteva se il datore di lavoro sia, o no, tenuto a consentire al lavoratore di integrare le difese già espletate nell'ambito del procedimento disciplinare ex art. 7 della L. n. 300/1970 anche oltre il termine di cinque giorni¹⁸.

Quest'ultima sentenza ha di fatto applicato in via analogica i principi affermati dalle Sezioni unite (sentenze n. 3965/1994 e n. 6900/2003), in particolare la ricostruzione del sistema di garanzie e della ratio dell'art.7 St. lav. fornita dalle citate pronunce ("impedire che la irrogazione della sanzione possa avvenire senza che l'incolpato abbia avuto la possibilità di raccogliere e di fornire le prove e gli argomenti a propria giustificazione").

Tuttavia, pur dando "rilevanza decisiva", ai fini della decisione della diversa e principale questione di diritto sottoposta alla sua attenzione, alla "valutazione delle effettive esigenze di difesa" e alla necessità di un "rispetto sostanziale del diritto di difesa dell'incolpato", valorizzando anche l'applicazione dei "principi di correttezza e buona fede che devono regolare l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro", la Suprema Corte ha, però, ritenuto che non fossero meritevoli di accoglimento le censure con cui il lavoratore ha lamentato l'asserita violazione del suo diritto di difesa all'interno del procedimento disciplinare per avere il datore di lavoro negato l'accesso alla documentazione aziendale¹⁹.

za sembrava abbracciare un giudizio *in concreto* della capacità descrittiva ed informativa della contestazione svincolato da un'astratta disamina del contenuto letterale dell'addebito. Il requisito della precisa articolazione risultava soddisfatto dall'idoneità, nella situazione specifica, a consentire al lavoratore l'esercizio del proprio diritto di difesa in contraddittorio con il datore di lavoro. In altri termini, il *trend* antiformalistico valutava il grado di specificità della contestazione non in base ad indici oggettivi, desumibili dal dato letterale, bensì in base alla prospettiva soggettiva dell'incolpato: la tempestiva e congruente presentazione da parte del lavoratore delle proprie giustificazioni, in assenza di una richiesta di ulteriori chiarimenti, assicurando di fatto l'esercizio del diritto di difesa, si surrogerebbe all'eventuale lacunosità della contestazione.

¹⁶ Cfr. M. Del Conte, *op. cit.*, 883.

¹⁷ Cfr. S. Mainardi, *Contestazione e diritto di accesso*, cit., 139 e segg. In altri termini, ad avviso dell'Autore, la puntuale indicazione dei fatti e delle risultanze documentali da parte del datore di lavoro sarebbe da sola sufficiente a consentire e sollecitare la difesa del lavoratore in ossequio di quanto stabilito dall'art. 7, 2° comma, St. lav. Peraltro, sempre secondo questa opinione, la sentenza in commento porterebbe a risultati contraddittori in quanto "delle due [...] l'una: o la contestazione, in relazione al

documento, è sufficientemente specifica, e allora la consegna materiale dello stesso risulta ininfluenza ai fini della difesa; ovvero la contestazione non raggiunge un adeguato grado di specificità e la consegna successiva del documento non vale a sanare l'irrimediabile vizio dell'atto di avvio della procedura disciplinare".

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. lav., sentenza n. 488/2005, con nota di A. Crosta, *Licenziamento disciplinare e termine per le giustificazioni del lavoratore*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, 3, 793 e segg.

¹⁹ Ciò sulla base del fatto che "nella propria lettera di giustificazioni [...] il C. ha preso specifica posizione sui singoli capi di incolpazione fornendo le proprie difese", che "per alcuni addebiti di rilevante gravità le spiegazioni fornite prescindono del tutto dalla necessità di esaminare alcuna documentazione" e che "il ricorso non contiene alcuna indicazione idonea a consentire il controllo della decisività [...] degli elementi indicati al punto 1.2. [n.d.r.: rifiuto del datore di lavoro di consentire l'accesso ai documenti; richiesta di visione non pretestuosa], ai fini della dimostrazione dell'assunto secondo cui la tempestiva conoscenza di tali documenti da parte dell'incolpato avrebbe consentito una più efficace e compiuta formulazione delle giustificazioni, idonea a smentire la ricostruzione della vicenda su cui si basa l'affermazione della responsabilità disciplinare".

Si segnalano, invece, alcune successive sentenze della Suprema Corte che hanno negato in modo perentorio l'esistenza di un obbligo e corrispondente diritto di tal fatta sulla base della semplice constatazione che "la norma in esame [n.d.r.: l'art. 7 della legge n. 300 del 1970] neppure prevede nell'ambito del procedimento disciplinare l'obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione del lavoratore inquisito la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati" e che, in ogni caso, "l'ordine di esibizione, comunque, può essere ottenuto dal lavoratore nel corso del giudizio ordinario di impugnazione del licenziamento" (cfr. Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 18288/2007 nonché le successive conformi n. 1661/2008²⁰ e n. 7153/2008).

Tuttavia, la più recente giurisprudenza di legittimità sembra essere pervenuta a soluzioni simili a quelle che hanno contraddistinto il primo orientamento sopra richiamato (in particolare, Cass. civ., Sez. lav., sentenza n. 14225/2000). Ed infatti, seppur aderendo (formalmente) all'insegnamento reso nelle richiamate sentenze del 2007 e del 2008, secondo cui l'art. 7 St. lav. non prevede un obbligo per il datore di lavoro di messa a disposizione della documentazione relativa ai fatti contestati, la Suprema Corte, allo stesso tempo, ha riconosciuto l'esistenza di un siffatto obbligo "laddove l'esame degli stessi [n.d.r.: documenti aziendali] sia necessario al fine di permettere alla controparte un'adeguata difesa" (cfr. Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 15169/2012²¹ e, ancor prima, Cass. civ., Sez. lav., sentenza n. 23304/2010²²).

Ciò che esce dalla porta potrebbe rientrare dalla finestra attraverso la buona fede e correttezza

Come già evidenziato, la sentenza annotata ha ribadito il più recente insegnamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., Sez. lav., sentenza n. 15169/2012 e n. 23304/2010) precisandolo ulteriormente e

portando a sintesi i diversi orientamenti sinora formati in materia attraverso la "leva" dei principi di correttezza e buona fede.

Al riguardo, occorre tenere in considerazione che da diverso tempo la giurisprudenza e la dottrina attribuiscono alla buona fede (oggettiva), intesa per lo più come sinonimo di "correttezza" (art. 1175 c.c.), una fondamentale fonte di integrazione del contratto che opera, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 1374 e 1375 c.c. e dell'aggancio normativo di rango costituzionale costituito dal principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., alla stregua di un criterio di determinazione e delimitazione dei contenuti e delle modalità dei comportamenti contrattualmente dovuti o vietati²³.

In particolare, è stato osservato che la correttezza e la buona fede sono "criteri elastici di valutazione"²⁴ o "clausole generali" con funzione di "chiusura" del sistema in quanto "evitano di considerare permesso ogni comportamento che nessuna norma vieta e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma di legge rende obbligatorio"²⁵.

E così, con la sentenza in commento, la Suprema Corte, pur confermando che non è possibile trarre dall'art. 7 della L. n. 300/1970 un obbligo del datore di lavoro di allegare spontaneamente alla contestazione scritta o, comunque, di mettere a disposizione del lavoratore la relativa documentazione, ha di fatto "aperto" alla possibilità che vengano ad esistenza un simile obbligo e il corrispondente diritto di accesso al ricorrere di determinate condizioni²⁶, cioè proprio sulla base di quelle clausole generali che, come sopra visto, hanno la duplice funzione di determinare e delimitare, nelle circostanze del caso, il comportamento dovuto, con la conseguenza che potrà aversi una "esuberanza" ma anche, come sinora accaduto, una "scarsità" delle applicazioni casistiche²⁷.

²⁰ È stato ritenuto "esatto il rilievo contenuto nella sentenza impugnata sulla 'non pertinenza della censura dell'E. per essergli stato negato l'accesso agli atti posti a base del procedimento disciplinare, versandosi in tema di procedimento disciplinare di stampo privatistico, in cui il diritto di difesa è garantito nei termini e nelle forme stabilite dalla L. n. 300 del 1970, art. 7 che non riconosce al lavoratore incolpato il diritto all'accesso'" (cfr. Cass., Sez. lav., sentenza n. 1661/2008).

²¹ In quella occasione si discuteva di un caso in cui al lavoratore erano state concesse solo due ore di tempo per consultare la gran mole di documenti su cui le plurime e complesse contestazioni disciplinari si fondavano ("Nella specie risulta pacifica sia la particolare complessità della contestazione, sia la facoltà, concessa al dipendente e poi negata, di consultare la documentazione che ne costituiva il presupposto").

²² Quella sentenza ha anche espressamente affermato la "conseguente necessità [...] che il lavoratore il quale lamenti la violazione di tale obbligo specifici [...] quali sarebbero stati i documenti la cui messa a disposizione [...] sarebbe stata necessaria al predetto fine".

²³ Ed infatti, la norma sull'integrazione del contratto (art. 1374 c.c.) non richiama espressamente la buona fede, però richiama la legge ed è, senza dubbio, "legge" l'art. 1375 c.c. a mente del quale "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede", cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di*

diritto privato, Milano, 2001, 493. L'Autore riconosce che la buona fede è riferita nel Codice civile al momento dell'esecuzione del contratto, però evidenzia altresì che per risolvere problemi connessi a questo momento (inadempimento e responsabilità) è pur sempre necessario individuare la regola del contratto (spesso non scritta nel testo negoziale) e, quindi, conformare il regolamento contrattuale a questi due principi.

²⁴ Cfr. U. Breccia, *Le obbligazioni*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 356.

²⁵ Cfr. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, II, 1, 462.

²⁶ In sintesi, seguendo l'insegnamento reso dalla sentenza in commento e dai precedenti giurisprudenziali richiamati nella stessa, l'obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione la documentazione relativa alla contestazione durante il procedimento disciplinare e il corrispondente diritto di accesso del lavoratore sembrano possano venire ad esistenza al ricorrere di una serie di condizioni, in particolare: a) presentazione da parte del lavoratore, nel corso del procedimento disciplinare, di una richiesta espressa, tempestiva, specifica e precisa; b) l'esame della documentazione deve essere necessario e funzionale alla predisposizione di un'adeguata difesa da parte del lavoratore; c) necessaria connessione della documentazione con gli addebiti oggetto della contestazione.

²⁷ Si è ricorso alle espressioni utilizzate in U. Breccia, *op. cit.*,

Resta che, anche in questa occasione, la Corte di cassazione non ha avuto modo di chiarire se tale obbligo sia connesso più al principio di specificità della contestazione o a quello relativo al diritto di difesa del lavoratore, fermo restando che trattasi di principi strettamente connessi in quanto l'adeguatezza del diritto di difesa viene valutata proprio in relazione alla specificità della contestazione.

In conclusione, sembra, in linea di massima, condivisibile, anche se si presta a diversi rilievi critici, la soluzione enunciata dalla sentenza in commento, giacché essa lascia, di fatto, al giudice di valutare, nel caso concreto, se la consultazione della documentazione relativa ai fatti addebitati – che deve essere sempre

tempestivamente e specificatamente richiesta dal lavoratore – si rendeva, o no, effettivamente necessaria per consentire allo stesso lavoratore di predisporre un'adeguata difesa.

D'altro canto, considerazioni di opportunità, anche in vista di un'eventuale giudizio di impugnativa del provvedimento disciplinare, fanno ritenere “consigliabile” per il datore di lavoro far visionare al lavoratore la documentazione richiesta o, comunque, metterla a disposizione, sempreché ciò non implichi un eccessivo sacrificio²⁸, dal momento che essa potrebbe poi essere, comunque, prodotta in un'eventuale giudizio su ordine del giudice ai sensi dell'art. 210 e 421 c.p.c.

Licenziamento disciplinare

Tribunale Forlì, 15 gennaio 2018 – Est. Barbensi – A.D. (avv. Beleffi) – P. I. (avv. Martone)

Lavoro e previdenza (controversie) – Licenziamento disciplinare – *Ne bis in idem* – Violazione – Rilevanza esclusiva del fatto in senso materiale

Ai fini della violazione del ne bis in idem in materia disciplinare occorre avere riguardo ai soli fatti materiali oggetto dei distinti procedimenti, non rilevando, per escludere tale violazione, la differente qualificazione giuridica data agli stessi fatti in ciascuno di quei procedimenti (fattispecie in cui è stata ordinata la reintegrazione in servizio di un dipendente dapprima sanzionato in via conservativa per omessa restituzione di somme e successivamente licenziato a fronte di sentenza penale di condanna con cui è stata accertata l'appropriazione indebita di quelle stesse somme).

Lavoro e previdenza (controversie) – Licenziamento disciplinare – *Ne bis in idem* – Violazione – Sopravvenuta sentenza penale di condanna – Irrilevanza in mancanza di nuovi fatti materiali

In forza del principio del ne bis in idem in materia disciplinare, la mancanza di nuovi fatti materiali emersi nel corso del giudizio penale conclusosi con sentenza di condanna rende illegittimo il licenziamento del dipendente già sanzionato in via conservativa per quegli stessi fatti, non essendo la condanna penale un fatto nuovo ma solo la diversa valutazione dei fatti da parte del giudice penale.

Lavoro e previdenza (controversie) – Licenziamento disciplinare – *Ne bis in idem* – Violazione – Applicazione art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300

In caso di licenziamento intimato in violazione del ne bis in idem in materia disciplinare trova applicazione la tutela reintegratoria di cui all'art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300, in quanto per un verso, essendosi consumato il potere disciplinare, il fatto contestato non sussiste, e per altro verso, con la propria condotta, il datore di lavoro ha dimostrato di ritenere il fatto punibile con una sanzione conservativa.

Omissis – Nella presente vicenda si tratta di un dipendente di P.I. nei cui confronti era stata irrogata con comunicazione del 20.12.2010 la sanzione disciplinare della sospensione di dieci giorni dal servizio in relazione alla contestazione, effettuata con comunicazione del 22.11.2010, relativa a due episodi: nel primo episodio il dipendente, benché fosse deceduto uno dei cointestatari di un libretto, aveva proceduto egualmente alla sua movimentazione e aveva contabilizzato il prelievo di euro 1.087,00, che però non era stato consegnato al cliente ma trattenuto dal dipendente che aveva assunto il mandato della sua restituzione all'IN.P.S., trattandosi di ratei di pensione accreditati ma non più spettanti a seguito del decesso della pensionata; nel secondo episodio il dipendente aveva venduto carte valori del valore di euro 171,00, senza però contabilizzare tale vendita.

Dopo di che, con comunicazione del 23.10.2014 P.I., a distanza di quasi quattro anni, tornava a contestare al dipendente gli identici episodi, però qualificandoli come appropriazione di somme da parte del dipendente. Tale nuova contestazione era espressamente giustificata nell'ambito di tale comunicazione con riferimento a sentenza penale con cui l'imputato era stato dichiarato colpevole (*Omissis*).

P.I. ha proposto opposizione avverso tale ordinanza, sostenendo che la nuova contestazione riguarderebbe fatti diversi nella loro materialità e diversi addebiti di antiggiuridicità.

Il ricorso per opposizione proposto è da ritenersi infondato.

Può muoversi anzitutto dalla considerazione che, leggen-

357, il quale ricorda anche che la clausola generale offre un repertorio più ricco e più vario di quello ricompreso entro gli enunciati normativi rigidi.

²⁸ Anche la dottrina che guarda con favore alla funzione integratrice della buona fede ha, però, rammentato essa obbliga ciascuna parte a comportarsi in modo tale da non pregiudicare e anzi

da salvaguardare il ragionevole interesse di controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio (è questa la tradizionale concezione della buona fede come fonte di integrazione meramente suppletiva), cfr. V. Roppo, *op. cit.*, 497.

do la motivazione della sentenza penale, si realizza che in sede penale non è emerso alcun fatto nuovo. Peraltro, nell'ambito del ricorso proposto ai sensi dell'art. 1 comma 47 della legge 92/2012, il dipendente eccepiva l'avvenuta consumazione del procedimento disciplinare e quindi la tardività del nuovo provvedimento.

Tale ricorso è stato accolto dal giudice di tale fase, richiamando l'insegnamento della Suprema Corte secondo cui non è consentito sanzionare l'identica condotta più volte a seguito di una diversa configurazione giuridica e ciò in base al generale principio del *ne bis in idem*.

Nella motivazione si perviene infatti alla condanna per l'episodio inerente il trattenimento dell'importo di euro 1.087,00 dal libretto pensionistico, sulla base delle stesse circostanze relative alla falsa contabilizzazione del prelievo, alla mancata consegna al richiedente, alla mancata restituzione all'I.N.P.S. e all'utilizzo di una procedura anomala, che già si evincevano nel c.d. "fraud management report" (una sorta di rapporto interno).

Nessun fatto nuovo dunque si è verificato in relazione all'appropriazione dei 1.087,00 euro (*Omissis*).

Per la prima violazione, e cioè quella inerente i 1.087,00 euro trattenuti dal libretto, sussiste una illegittima e tardiva reiterazione del potere disciplinare: anzitutto perché in sede penale non è emerso alcun fatto nuovo e di poi in quanto già nel citato rapporto interno "fraud management report" si era ben consapevoli della rilevanza penale della vicenda e della

sua gravità; gravità di cui si parlerà anche nella comunicazione del 20.12.2010 con cui veniva comminata la sanzione disciplinare che, nonostante tale gravità, veniva contenuta in dieci giorni di sospensione dal servizio (*Omissis*).

Del tutto artificioso appare distinguere il lato attivo (appropriazione) dal lato omissivo (inosservanza delle procedure) e perciò distinguere l'una dall'altra inosservanza in quanto – come risulta chiaro da quanto in precedenza osservato – la circostanza che con la prima contestazione si sia posto in luce il lato omissivo e un determinato profilo anti-giuridico, in luogo del lato attivo e del più grave profilo anti-giuridico, fu conseguente a una valutazione che fu assunta avendo a disposizione gli stessi elementi di cui disponeva il giudice penale e potendo dunque svolgere gli identici ragionamenti deduttivi.

A distanza di quattro anni non è consentibile reiterare la valutazione che fu assunta in un primo momento e senza che siano emersi fatti nuovi, non essendo la condanna penale un fatto nuovo ma solo la diversa valutazione degli stessi fatti da parte del giudice penale (cfr. Cass. Sez. lav. 19.10.2017 n. 24752).

Essendosi consumato il potere disciplinare, appare corretto il trattamento adoperato dal giudice di prime cure, potendosi sostenere sia che la stessa opponente ha ritenuto il fatto già punibile con sanzione conservativa, sia che, essendosi consumato il potere disciplinare, non sussiste il fatto da contestare. – *Omissis*.

Ne bis in idem disciplinare: identità di fatto o di infrazione?

Gianluca Lucchetti*

Ai fini della violazione del *ne bis in idem* disciplinare, a cui consegue l'applicazione della tutela reintegratoria "debole" di cui all'art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300, occorre avere riguardo ai soli fatti materiali, non rilevando, per escludere tale violazione, né la differente qualificazione giuridica successivamente data a quei fatti dal datore di lavoro, né la sopravvenuta sentenza penale di condanna, qualora dal giudizio penale non siano emersi fatti nuovi.

Oggetto del giudizio

La sentenza in commento affronta il già complesso tema del *ne bis in idem* in materia disciplinare in un contesto fattuale reso ancor più complesso dall'intersecarsi di procedimento disciplinare e procedimento penale.

Nel caso in esame la società ha intimato ad un proprio dipendente il licenziamento per giusta causa a seguito della sua condanna penale per appropriazione indebita di somme in danno di un cliente.

In sede di impugnazione del licenziamento il dipendente ha invocato la violazione del principio del *ne bis in idem* in materia disciplinare, adducendo che, per gli stessi fatti materiali per i quali era stato condannato penalmente, la società aveva attivato anni addietro un procedimento disciplinare poi conclusosi con una sanzione conservativa.

A sua volta la società ha obiettato che la violazione del principio del *ne bis in idem* in materia disciplinare deve essere apprezzata avendo riguardo non già alla identità di fatto in senso materiale, ma alla identità di

infrazione contestata con i due distinti procedimenti. Su questi presupposti, detto principio non risulterebbe violato nella specie, in quanto la società, con il primo procedimento, aveva contestato la violazione degli obblighi di custodia di somme detenute per conto di un cliente, mentre, con il secondo procedimento, aveva contestato la volontaria e preordinata appropriazione indebita di quelle somme in danno del medesimo cliente, così come nel frattempo accertata in sede penale.

Sia nella fase sommaria che in sede di opposizione il Tribunale ha aderito alla prospettazione data dal dipendente, richiamando precedenti giurisprudenziali in base ai quali il *ne bis in idem* disciplinare opera in presenza di più procedimenti aventi ad oggetto fatti identici sotto il profilo materiale, con conseguente divieto per il datore di lavoro di sanzionare quei medesimi fatti semplicemente in base ad una loro nuova qualificazione giuridica.

Sennonché la sentenza in commento, muovendo da questo condiviso presupposto, è giunta a ritenere irrilevante, ai fini dell'esclusione del *ne bis in idem*, ogni

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

possibile nuova qualificazione giuridica di quei fatti: non solo, dunque, quella conseguente ad un mero ripensamento postumo del datore di lavoro, ma persino quella derivante da una valutazione data da terzi soggetti a ciò istituzionalmente deputati, come, nella specie, il giudice penale.

La sentenza ha infine concluso affermando che la violazione del *ne bis in idem* in materia disciplinare dà luogo all'applicazione della c.d. "tutela reintegratoria debole" di cui all'art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300, essendo assimilabile alla ipotesi di insussistenza del fatto contestato, stante la avvenuta "consumazione" del potere disciplinare e, comunque, alla ipotesi in cui per il fatto contestato sia prevista una sanzione conservativa.

Principio del *ne bis in idem* disciplinare: rilevanza del fatto tra materialità ed antigiridicità

Al fine di esaminare in maniera critica la sentenza in commento, pur nella consapevolezza che la stessa si iscrive nell'ambito di un orientamento giurisprudenziale piuttosto consolidato¹, appare opportuno premettere che, in base al principio del *ne bis in idem* in materia disciplinare, detto anche di "consumazione del potere disciplinare", è preclusa al datore di lavoro la possibilità di sanzionare più volte il dipendente per il medesimo fatto.

Ciò posto, occorre esaminare cosa debba intendersi per fatto oggetto del procedimento disciplinare, ed in particolare comprendere se oggetto del procedimento sia il fatto nella sua materialità, inteso come mero evento storico, ovvero il fatto nella sua antigiridicità, inteso come infrazione o addebito dotato di rilevanza giuridica.

A tal fine, occorre prendere le mosse, ad avviso di chi scrive, dai dati normativi più significativi in materia di potere e procedimento disciplinare.

Andando con ordine, il primo riferimento in ordine di importanza (ma anche in ordine cronologico) è costituito dall'art. 2106 cod. civ., secondo cui, come noto, "l'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione". Tale disposizione, nel sancire il principio di proporzionalità della sanzione, individua quale ogget-

to del potere disciplinare non già un fatto storico, ma una "infrazione", intesa come fatto in senso antigiridico.

Nella stessa scia si pone altra disposizione centrale in materia disciplinare, ovvero l'art. 7, L. 20 maggio 1970, n. 300. Già il suo 1° comma, nel prevedere l'obbligo di affissione del codice disciplinare, impone al datore di lavoro di portare a conoscenza dei dipendenti "le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse". In questo modo, il legislatore ribadisce ancora una volta il nesso funzionale tra la sanzione, che è espressione del potere disciplinare, e le infrazioni, intese come comportamenti antigiridici e non come meri fatti storici di per sé privi di una propria rilevanza giuridica.

Ancora più chiaramente, il successivo 2° comma, nell'introdurre il principio di procedimentalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare, recita testualmente: "il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa". Così facendo, tale previsione ribadisce con chiarezza che l'oggetto della contestazione (e del procedimento tramite cui si estrinseca il potere disciplinare) è appunto l'addebito, inteso, etimologicamente, come "imputazione di un debito", e dunque ancora una volta come infrazione o fatto antigiridico.

Sempre in tal senso, infine, appare opportuno richiamare l'art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300, nella versione attualmente vigente, laddove riconosce la tutela c.d. "reintegratoria forte", tra l'altro, in caso di insussistenza del "fatto" contestato. A questo riguardo, è noto che, in base agli approdi cui è giunta la giurisprudenza di legittimità, per fatto contestato deve intendersi non già il fatto nella sua mera materialità, bensì il fatto nella sua antigiridicità². Ulteriore conferma, questa, del fatto che solo l'infrazione o addebito, inteso come comportamento antigiridico imputato al lavoratore, può formare oggetto di procedimento disciplinare ed essere presupposto per l'irrogazione di sanzioni.

Nella prospettiva che precede, che a parere di chi scrive appare quella più rispettosa dei principi fonda-

¹ Tra le tante, da ultimo, Cass., Sez. lav. 19 ottobre 2017, n. 24752, richiamata dalla stessa sentenza in commento, secondo cui "l'avvenuta irrogazione al dipendente di una sanzione conservativa per condotte di rilevanza penale esclude che, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna per i medesimi fatti, possa essere intimato il licenziamento disciplinare, non essendo consentito, per il principio di consunzione del potere disciplinare, che una identica condotta sia sanzionata più volte a seguito di una diversa valutazione o configurazione giuridica" (in *Guida Lav.*, 2017, 48, 32 e segg.). Così anche Cass., Sez. lav., 22 ottobre 2014, n. 22388, in *Guida Lav.*, 2014, 43, 40, con nota di Osnago, "Principio del *ne bis in idem* applicabile anche al procedimento disciplinare". Per una prima disamina dell'applicabilità, nell'ambito della materia disciplinare, del principio di origine penalistica del *ne bis in idem*, Papaleoni, *Il principio del ne bis in idem e il potere disciplinare*, in *Giust. Civ.*, 186, I, 3141 e, sempre

il medesimo Autore, *Ancora sulla reiterabilità del licenziamento disciplinare*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, 452.

² Il riferimento è, evidentemente, alla nota Cass., Sez. lav. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 1, 102 e segg., con nota Mazzotta, "Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori". Secondo la Suprema Corte, "non è plausibile che il Legislatore, parlando di 'insussistenza del fatto contestato', abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, che si riferisce ad un caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, quarto comma, cit."

mentali in materia disciplinare, occorre dunque rivalutare i contenuti della sentenza in commento e, più in generale, dell'orientamento giurisprudenziale cui essa dichiara di ispirarsi.

In particolare, occorre rileggere in chiave critica, ed anche "etimologicamente" più consapevole, le stesse parole della Suprema Corte, secondo cui "il datore di lavoro, una volta esercitato validamente il potere disciplinare nei confronti del prestatore di lavoro in relazione a determinati fatti costituenti infrazioni disciplinari, non può esercitare una seconda volta, per quegli stessi fatti, il dettopotere ormai consumato"³.

Da tale consolidato orientamento emerge infatti la conferma che la valutazione circa il rispetto del *ne bis in idem* disciplinare deve essere condotta in considerazione della identità o meno di addebiti (o, per dirlo con la giurisprudenza, di "fatti costituenti infrazioni disciplinari") e non dei singoli fatti o eventi materiali.

Del resto, tali conclusioni appaiono coerenti con l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* in ambito penale, posto che anche in quel sistema (e dunque a maggior ragione in un sistema come quello disciplinare, non presidiato dalla presunzione di innocenza), viene sancita la illegittimità di una doppia sanzione per il medesimo "fatto-reato", dunque non già avendo riguardo al fatto nella sua materialità, bensì avendo riguardo al fatto nella sua antiggiuridicità, intesa quale attitudine ad avere giuridica rilevanza ai fini dell'ordinamento penale.

Irrelevanza della sentenza penale di condanna

La correttezza delle considerazioni che precedono appare confermata dalle conseguenze cui giunge la sentenza in commento nel momento in cui "estremizza" l'impostazione secondo la quale il principio del *ne bis in idem* opererebbe avendo esclusivo riguardo alla identità di fatto contestato, senza che possa assumere alcun rilievo la valutazione giuridica di tale fatto (e, dunque, la sua connotazione in termini di antiggiuridicità).

Ed infatti, proprio a causa dell'impostazione prospettata, la sentenza giunge a ritenere violato detto principio non solo, come comprensibile, a fronte di uno spontaneo ed immotivato ripensamento unilaterale del datore di lavoro, che dopo aver punito il proprio dipendente in via conservativa decida, magari a distanza di anni, di punirlo nuovamente con una sanzione di crescente afflittività, ma persino laddove la rivalutazione del fatto discenda da una sentenza penale di condanna che abbia ritenuto integrati gli estremi di un reato. Ciò in quanto, secondo la sentenza in commento, tale conclusione non conseguirebbe

alla sopravvenienza di nuovi fatti materiali, in precedenza ignoti alla società, ma ad una diversa valutazione di quei fatti datane dal giudice penale.

Senonché, se è vero che la *ratio* del principio del *ne bis in idem* è chiaramente quella di evitare, in un'ottica di certezza del diritto e di *favorlaboratoris*, che il lavoratore resti esposto *sine die* al "capriccio" del datore di lavoro che decida *ex post* di conferire ad un fatto già sanzionato una veste giuridica diversa da quella originariamente conferita, essa non può tuttavia spingersi sino al punto di porre nel nulla le diverse valutazioni operate da terzi soggetti a ciò istituzionalmente deputati, quali, appunto, il giudice penale.

Del resto, non si riuscirebbe a comprendere quale interesse meritevole di tutela abbia il dipendente che – pur precedentemente sanzionato in via conservativa – sia stato in seguito condannato penalmente per il medesimo fatto materiale, posto che l'esigenza di certezza del diritto e di consolidamento delle posizioni giuridiche è già di per sé "superata" dalla pendenza di un procedimento penale definito con una sentenza di condanna che, in termini di afflittività, è chiaramente "assorbente" rispetto alla sanzione disciplinare.

A ciò si aggiunga che, come è evidente, la società, a differenza dell'autorità giudiziaria, non ha certo strumenti di accertamento così invasivi né così efficaci dal punto di vista valutativo da consentire di concludere, oltre ogni ragionevole dubbio, che il proprio dipendente avesse agito sulla base di un intento fraudolento.

In questo contesto, peraltro, non si comprende quale sarebbe stato il comportamento che la società avrebbe dovuto adottare. Di certo non avrebbe potuto ignorare l'unico fatto giuridico che all'epoca risultava sussistere (violazione di obblighi di custodia), e attendere, in spregio ai più basilari principi di tempestività del procedimento disciplinare, che dal procedimento penale emergesse la sussistenza di un fatto (appropriazione indebita) che all'epoca la società non poteva prevedere. Di certo non avrebbe potuto attivare il procedimento disciplinare per un fatto all'epoca non emerso (appropriazione indebita) e sospendere tale procedimento sino ad una sentenza di condanna all'epoca ancora non ipotizzabile, così concedendo al lavoratore sospettato di aver posto in essere una condotta astrattamente configurabile anche come reato il privilegio, unico tra tutti i lavoratori, della conservazione del posto di lavoro (e della relativa retribuzione...) sino alla definizione del processo penale. Di certo, infine, non avrebbe potuto licenziare già all'epoca il proprio dipendente, "scommettendo" su una sentenza penale di condanna per un fatto (appropriazione indebita) del quale all'epoca la società non aveva alcun elemento di valutazione, ed

³ Così, tra le tante, Cass., Sez. Lav., 27 marzo 2009, n. 7523, in *Lav. nella Giur.*, 2009, 832 e Cass., Sez. Lav., 25 gennaio 2012, n. 1062, in *Pluris*, che a sua volta richiama Cass., 2 aprile 1996, n. 3039, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, 557, e Cass., 15 dicembre 1999, n. 14112, a quanto consta inedita, precisando che, "con riguardo a tale ultima decisione, i giudici di merito avevano annullato il licenziamento intimato in base alla contestata recidiva per precedenti comportamenti già puniti con sanzione disciplinare, in as-

senza di un'autonoma infrazione attualmente sanzionabile e la S.C. ha confermato tale decisione rilevando che in difetto di contestazione di una nuova infrazione il datore di lavoro non poteva riesaminare in sede disciplinare precedenti mancanze, già colpite ciascuna da sanzioni di tipo conservativo, per applicare per quelle stesse infrazioni, sia pure unitariamente considerate, una più grave sanzione di carattere espulsivo".

esponendosi peraltro al concreto rischio che, in caso di mancata condanna in sede penale, *simulstabusntsimulcadent*, il licenziamento intimato anni addietro venisse dichiarato illegittimo.

Conseguenze sanzionatorie

Ferme restando le considerazioni che precedono, una autonoma critica merita infine il capo della sentenza in commento con il quale il Tribunale, appurata la illegittimità del licenziamento per violazione del *ne bis in idem* in materia disciplinare, individua la sanzione applicabile nella “tutela reintegratoria debole” di cui all’art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300.

Ed infatti, è evidente che la consumazione del potere disciplinare può dare luogo ad un vizio di illegittimità del licenziamento che non sembrerebbe riconducibile alle due sole ipotesi in presenza delle quali l’art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300 accorda la tutela reintegratoria, ovvero la insussistenza del fatto contestato e la sua riconducibilità tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili.

Sotto il primo profilo, infatti, nel caso in esame, a fronte della condanna penale per appropriazione indebita, la sussistenza del fatto contestato non sembra essere mai stata posta in discussione, né dal punto di vista materiale, né da quello antiggiuridico. D’altro canto, non si comprende l’equazione operata dal Tribunale tra la consumazione del potere disciplinare e la insussistenza del fatto contestato, posto che, di certo, la consumazione del potere disciplinare non può porre nel nulla l’esistenza, storica ed antiggiuridica, di un fatto contestato e persino condannato in sede penale.

Sotto il secondo profilo, non può rilevare in alcun modo che la società abbia, per quel fatto, in passato adottato una sanzione conservativa, posto che per un verso la società ha inteso punire con una sanzione conservativa un’infrazione diversa dall’appropriazione indebita, consistente nella violazione di obblighi di custodia, e che, per altro verso, ciò che rileva non è l’intenzione soggettiva della società di voler punire un fatto in via conservativa o espulsiva, ma la circostanza obiettiva che per quel fatto vi sia una disposizione contrattuale o di codice disciplinare che commina una sanzione conservativa in luogo della sanzione espulsiva poi irrogata. E non si comprende come si possa

ipotizzare che vi sia anche solo una disposizione collettiva che commini una sanzione conservativa per l’ipotesi di appropriazione indebita.

A quanto precede si aggiunga inoltre che, come è noto ed innegabile, nello spirito della riforma dell’art. 18 L. 20 maggio 1970, n. 300 introdotta dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, la tutela reintegratoria è diventata l’eccezione rispetto alla regola della tutela risarcitoria, come dimostra, già da un punto di vista testuale, il successivo 5° comma dell’art. 18, laddove prevede che la tutela risarcitoria c.d. “forte” è accordata in tutte le “altre ipotesi” di mancanza di giusta causa e giustificato motivo. Di conseguenza, trattandosi di norma che fa eccezione ai principi di carattere generale, essa non può essere applicata “oltre i casi e i tempi in essa considerati” (art. 14 disposizioni sulla legge in generale) e, dunque, non è suscettibile di applicazione analogica⁴.

Esclusa dunque, ed in negativo, l’applicabilità della “tutela reintegratoria debole”, dovrebbe concludersi, in positivo, per l’applicabilità della “tutela risarcitoria debole” prevista dall’art. 18, 6° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300 “nell’ipotesi di violazione della procedura di cui all’articolo 7 della presente legge”, posto che, a ben vedere, la consumazione del potere disciplinare sembrerebbe incidere sul corretto espletamento della procedura disciplinare e che, d’altro canto, nel caso in esame non sono emersi vizi di illegittimità sostanziale (intesa come mancanza di cause giustificatrici) del licenziamento che avrebbero potuto eventualmente legittimare l’applicazione della tutela “risarcitoria forte” di cui all’art. 18, 5° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300 all’art. 18, 6° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300.

A decisiva conferma di quanto precede, si consideri che, se nel caso in esame il dipendente fosse stato a suo tempo licenziato per la violazione delle procedure e degli obblighi di custodia (reazione evidentemente abnorme), oggi non potrebbe pretendere alcuna tutela reintegratoria ma una mera tutela risarcitoria, stante la sussistenza del fatto contestato e la illegittimità del licenziamento sotto il solo profilo del difetto di proporzionalità; mentre, aderendo alla impostazione della sentenza in commento, pur essendo stato licenziato per aver commesso un fatto accertato in sede penale ed indubitabilmente costituente giusta causa di licenziamento, lo stesso dipendente si ritroverebbe a beneficiare di quel posto di lavoro occupando il quale ha commesso il fatto di reato.

⁴ Tali conclusioni, del resto, appaiono coerenti con le conclusioni cui sono pervenute di recente le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione in relazione alla tutela accordata in presenza di un vizio affine a quello oggetto di esame, ovvero quello di tardiva attivazione del procedimento disciplinare, posto che, anche in tal caso, è stata esclusa la tutela reintegratoria. Detta pronuncia, in particolare, ha definitivamente chiarito che “nell’ipotesi in cui sia accertata la sussistenza dell’illecito disciplinare posto a base del licenziamento, ma questo non sia stato preceduto da tempestiva contestazione, si è fuori dalla previsione di applicazione della tutela reale nella forma attenuata di cui al novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori, comma 4 (estesa anche all’ipotesi di

cui al comma 7 concernente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo) che è, invece, contemplata per il caso di licenziamento ritenuto gravemente infondato in considerazione dell’accertata insussistenza (o manifesta insussistenza per l’ipotesi di cui al citato comma 7) del fatto” (Cass. Sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985, in *Giur. It.*, 2018, 2, 409 e segg. con nota Pisani, “*Tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*”). Per una disamina dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, Cass., Sez.lav., 21 aprile 2017, n. 10159, Tosi-Puccetti, “*La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*”, in *Giur. It.*, 2017, 8-9, 1910 e segg.

Diritto Amministrativo

a cura di Adolfo Angeletti e Mariano Protto

con Roberto Caranta e Marco Sica

Sanzioni per violazione del codice della strada

Cassazione civile, Sez. VI, 11 gennaio 2018, n. 533 (ordinanza) – Pres. D’Ascola – Rel. Picaroni – F.V. (avv. Bosi) – Prefettura di Bologna (Avv. Stato). *Cassa con rinvio la sentenza del Tribunale di Bologna, 11 marzo 2015, n. 20375.*

Circolazione stradale – Infrazioni stradali – Opposizioni – Proposte dopo il 10 settembre 2011 – Sono disciplinate dal D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150 – Rito del lavoro – Applicabilità

Le opposizioni alle sanzioni per infrazioni al codice della strada rilevate dopo il settembre 2011 sono trattate secondo il rito del lavoro ai sensi degli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150. L’appello deve essere quindi proposto ex art. 434 c.p.c. nella forma del ricorso. Tra la data di notificazione all’appellato e quella dell’udienza di discussione deve intercorrere, ex art. 435, 3° comma, c.p.c. un termine non minore di venticinque giorni. (Massima non ufficiale).

Circolazione stradale – Infrazioni stradali – Multa per eccesso di velocità rilevato mediante autovelox – Rigetto dell’opposizione – Sentenza che afferma la non necessità di una revisione e taratura periodica del sistema di rilevamento di velocità – Illegittimità in relazione alla sent. della Corte cost. n. 113/2015

Atteso che la Corte cost., con sent. 18 giugno 2015, n. 113, ha dichiarato illegittimo l’art. 45, 6° comma, c. str. nella parte in cui non prevede che tutti gli autovelox siano sottoposti a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura, in caso di contestazioni circa l’affidabilità dell’apparecchiatura, il giudice di merito, anche laddove non sia stata proposta querela di falso avverso il verbale di constatazione dell’infrazione, deve effettuare le opportune verifiche. (Massima non ufficiale).

Omissis. – Motivi in fatto ed in diritto della decisione

Ritenuto che S. V. F. ricorre, sulla base di sei motivi, per la cassazione della sentenza del Tribunale di Bologna, depositata in data 11 marzo 2015, che ha accolto l’appello proposto dalla Prefettura di Bologna avverso la sentenza del Giudice di pace di Imola n. 95 del 2014, e per l’effetto ha rigettato l’opposizione al verbale di accertamento dell’infrazione stradale di eccesso di velocità, rilevata in data

24 maggio 2013 dal sistema SICVe, lungo l’autostrada A14 direzione nord, in territorio del Comune di Imola;

(*Omissis*) che con il primo motivo è denunciata violazione e falsa applicazione del comb. disp. degli artt. 26 d.lgs. n. 40 del 2006 e 163, nn. 2 e 7, cod. proc. civ., in relazione agli artt. 164, 324, nn. 1 e 2, 359 cod. proc. civ., 324 e 325 cod. proc. civ., e si contesta l’erroneità del rito seguito nel giudizio di appello e la nullità della citazione, per mancato rispetto del termine di 90 giorni tra la data di notifica dell’atto di appello e la prima udienza e per mancata indicazione del giorno dell’udienza di comparizione, con conseguente violazione del contraddittorio e nullità della sentenza d’appello e passaggio in giudicato della sentenza di primo grado;

che la doglianza è infondata;

che il presente procedimento di opposizione a verbale di accertamento d’infrazione stradale è disciplinato, ratione temporis, dal decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, entrato in vigore in data 11 settembre 2011 (l’infrazione era stata rilevata il giorno 24 maggio 2013);

che gli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 150 del 2011 prevedono l’applicazione del rito del lavoro, con la conseguenza che l’appello doveva essere proposto nella forma del ricorso, con le modalità e nei termini previsti dall’art. 434 cod. proc. civ. (ex plurimis, Cass. 02/11/2015, n. 22390), come nella specie è avvenuto, e che il termine a comparire, ai sensi dell’art. 435, terzo comma, cod. proc. civ. era di giorni 25 e non di giorni 90;

che con il secondo motivo è denunciata violazione degli artt. 345 e 346 cod. proc. civ. per il mancato rilievo della tardività sia dell’eccezione con cui la Prefettura, soltanto in appello, aveva contestato la “mancata coltivazione della querela di falso” del verbale di contestazione, sia della produzione documentale che attestava la sottoposizione a verifica periodica dell’apparecchiatura di rilevamento della velocità;

che la doglianza è infondata sotto tutti i profili; che la mancata presentazione della querela di falso – nella specie avverso il verbale di contestazione – non integra eccezione in senso stretto preclusa dal divieto dei nova in appello, ma mera difesa;

che, pertanto, il Tribunale poteva rilevare, come ha fatto (pag. 2 della sentenza), che era preclusa la contestazione della veridicità del contenuto del verbale, nella parte in cui era attestata “la corretta installazione” del sistema rilevamento automatico della velocità, nonché l’esistenza di cartelli di presegnalazione della relativa postazione;

che la questione della tardività della produzione documentale – in assunto del ricorrente attestante la sottoposi-

zione dell'apparecchiatura di rilevamento della velocità a verifica periodica – è priva di decisività in questa sede e rimane pertanto impregiudicata;

che la ratio decidendi della sentenza impugnata è basata esclusivamente sul contenuto del verbale, dal quale, secondo il Tribunale, risultavano la “corretta installazione” e il “perfetto funzionamento del sistema di misurazione della velocità” e l'esistenza della presegnalazione della postazione di controllo (pag. 3 della sentenza);

che con il quarto motivo è denunciata violazione dell'art. 345 del d.P.R. n. 495 del 1992, e si contesta la mancata applicazione della cosiddetta riduzione progressiva della velocità, prevista dal comma 3 della norma, in luogo della riduzione del 5%, di cui al comma 2 stessa norma, che era stata applicata in concreto;

che la doglianza è infondata;

che la riduzione progressiva è prevista, dal comma 3 dell'art. 345 citato, per i soli casi in cui il controllo dell'osservanza del limite di velocità sia stato effettuato attraverso le annotazioni cronologiche stampigliate sui biglietti autostradali all'atto dell'emissione e dell'esazione del pedaggio, mentre al caso in esame, di rilevamento della velocità con il sistema cd. Tutor, si applica la riduzione fissa (il 5%, comunque non inferiore a 5 km/h) che il comma 2 prevede per gli accertamenti della velocità “qualunque sia l'apparecchiatura utilizzata”;

che con il quinto motivo è denunciata l'erroneità dell'affermazione del giudice d'appello, secondo cui non sarebbe obbligatoria la revisione e taratura periodica del sistema di rilevamento di velocità cd. Tutor; che la doglianza è fondata;

che la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 45, comma 6, del codice della strada “nella parte in cui non prevede che tutte le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura”;

che, pertanto, in caso di contestazioni circa l'affidabilità dell'apparecchio, come avvenuto nella specie, il giudice è

tenuto ad accertare se l'apparecchio è stato o non sottoposto alle verifiche di funzionalità e taratura;

che con il sesto motivo è denunciata violazione ed erronea applicazione degli artt. 142 cod. strada e 4 d.l. n. 121 del 2002 e si lamenta che il Tribunale ha ritenuto infondata la contestazione dell'assenza di presegnalazione della postazione di controllo sulla base dell'attestazione, contenuta nel verbale, dell'esistenza di cartelli di presegnalazione della postazione di controllo;

che la doglianza è inammissibile;

che il verbale di accertamento dell'infrazione fa piena prova fino a querela di falso relativamente ai fatti attestati dal pubblico ufficiale come da lui compiuti o avvenuti in sua presenza e che abbia potuto conoscere senza alcun margine di apprezzamento o di percezione sensoriale, mentre, con riferimento alle altre circostanze di fatto – che il pubblico ufficiale abbia appreso da terzi o in seguito ad altri accertamenti – il verbale, per la sua natura di atto pubblico, ha comunque un'attendibilità intrinseca che può essere infirmata solo da una specifica prova contraria (ex plurimis, Cass. 06/10/2016, n. 20025; Cass. 20/03/2007, n. 6565);

che, nel caso in esame, il ricorrente denuncia l'erroneità dell'affermazione del Tribunale riguardo alla necessità della querela di falso ma non riferisce di avere formulato richiesta di prova contraria, sicché l'efficacia del contenuto del verbale non è stata messa in discussione e il motivo, pertanto, è privo di decisività;

che l'accoglimento del ricorso, limitatamente al quinto motivo, comporta la cassazione con rinvio della sentenza impugnata, per un nuovo esame del motivo di appello concernente la verifica della funzionalità e taratura dell'apparecchio rilevatore della velocità;

che il giudice di rinvio provvederà anche a regolare le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il quinto motivo di ricorso, rigetta i rimanenti, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del presente giudizio, al Tribunale di Bologna, in persona di diverso magistrato. – *Omissis*.

L'opposizione alle sanzioni amministrative per violazione del cod. strada post 2011

Alessandro Dario Cortesi*

L'autore analizza criticamente la scelta di estendere il rito del lavoro alle opposizioni alle sanzioni del codice della strada. Egli solleva delle perplessità sull'applicazione di un trattamento diversificato per l'accertamento del superamento dei limiti di velocità tramite la tecnologia Tutor ovvero tramite le annotazioni cronologiche stampigliate sui biglietti autostradali. L'autore si interroga infine sulla necessità di proporre querela di falso per sottoporre a sindacato il verbale di contestazione impugnato.

Premessa

L'ordinanza in epigrafe è di interesse per alcune precisazioni che la Suprema Corte svolge con riferimento al rito da adottarsi nelle opposizioni a sanzioni per le violazioni del codice della strada rilevate successivamente al settembre 2011 (*rectius* 6 ottobre 2011), nonché per la conferma della necessità che le apparecchiature impiegate per l'accertamento dei li-

miti di velocità siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e taratura.

Applicazione del rito del lavoro alle opposizioni alle sanzioni per violazione cod. strada post 2011

In ordine al primo profilo si rileva che il caso sottoposto all'esame della Corte presentava alcune peculiarità.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Sebbene la stringatezza dell'ordinanza consenta solo di avanzare delle ipotesi, pare cogliersi dalla motivazione che la Prefettura abbia introdotto il giudizio di appello con atto di citazione, in luogo che con ricorso, e che lo stesso facesse difetto di una completa *vocatio in ius*¹. Secondo la giurisprudenza, mentre non è nullo l'atto di citazione che contenga un errore materiale nella data di citazione che sia immediatamente riconoscibile o rimediabile con l'ordinaria diligenza², lo è per definizione la citazione ove sia completamente omessa la data di udienza³. Tuttavia il Tribunale non ha applicato il secondo comma dell'art. 164 c.p.c., che avrebbe imposto la rinotificazione dell'atto di citazione, e ciò, oltre che per le ragioni di rito che si approfondiranno in appresso, anche a cagione dell'avvenuta costituzione in giudizio dell'appellato⁴.

L'udienza di prima comparizione risulta poi essere stata celebrata meno di novanta giorni dopo la notificazione dell'atto di citazione (senza che il Tribunale abbia fissato una nuova udienza nel rispetto dei termini, come previsto dall'art. 164, 3° comma, secondo periodo, c.p.c.), cosicché il ricorrente in cassazione deduceva *inter alia* la nullità dell'atto di citazione per gli esposti motivi, la violazione del contraddittorio e la nullità della sentenza di secondo grado (con conseguente passaggio in cosa giudicata della sentenza del Giudice di pace).

La Cassazione respingeva queste doglianze, richiamandosi al D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150 recante "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69". L'art. 7 del D.Lgs. n. 150/2011 ha infatti esteso il rito del lavoro alle controversie precedentemente regolate dall'art. 204 *bis* c. str. Conseguentemente l'appello avrebbe dovuto essere proposto nella forma del ricorso, con le modalità e nei termini previsti dall'art. 434 c.p.c. e con termine a comparire di soli 25 giorni *ex art.* 435, 3° comma, c.p.c.⁵.

Rileva infatti la Suprema Corte che detto decreto legislativo entrava in vigore l'11 settembre 2011 ed era quindi, *ratione temporis*, applicabile al caso di

specie, ove si contestava un'infrazione al codice della strada rilevata il 24 maggio 2013.

In verità il D.Lgs. n. 150/2011 cit. è stato pubblicato nella *G.U.* 21 settembre 2011, n. 220. A seguito della *vacatio legis* ordinaria, di quindici giorni⁶, esso è entrato in vigore il 6 ottobre 2011. Tanto si precisa per completezza, essendo il *lapsus calami* contenuto nell'ordinanza irrilevante per la decisione assunta.

In ogni caso l'appello doveva ritenersi tempestivo, essendo stato depositato in termini, tale essendo l'elemento chiave rilevato dalla costante giurisprudenza (cfr. Cass., Sez. VI – 2, ord. 2 agosto 2017, n. 19298⁷; Cass., Sez. VI – 3, ord., 1° marzo 2017, n. 5295; Cass., Sez. VI – 2, 17 gennaio 2017, n. 1020; Cass., Sez. un., 10 febbraio 2014, n. 2907; Cass., Sez. un., 8 ottobre 2013, n. 22848; Cass., Sez. lav., 29 febbraio 2012, n. 3058; Cass., Sez. lav., 20 febbraio 2012, n. 2430; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2011, n. 21161).

L'abolizione dei riti speciali

Il commento dell'ordinanza in epigrafe offre l'occasione per approfondire alcuni aspetti della soppressione del rito speciale *ex art.* 204 *bis* c. str.

Con il D.Lgs. n. 150/2011 il legislatore delegato si proponeva di ridurre e semplificare i procedimenti civili di cognizione anche in un'ottica deflattiva del contenzioso.

L'art. 54 della L. n. 69/2009, recante la delega al Governo, richiedeva che i procedimenti civili di natura contenziosa autonomamente regolati dalla legislazione speciale venissero ricondotti a tre modelli processuali di riferimento, contemplati dal codice di procedura civile (cfr. 4° comma, lett. b).

In particolare la legge delega prevedeva che i riti speciali per cui fossero prevalenti i caratteri di concentrazione processuale ed officiosità dell'istruzione fossero sostituiti dal rito laburistico; che i procedimenti, anche se trattati in camera di consiglio, per cui fossero prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa, fossero sostituiti dal rito sommario di cognizione, introdotto dall'art. 51 della stessa legge (ma con esclusione della conversione del rito in ordinario); che gli altri riti

¹ Testualmente la motivazione accenna alla "mancata indicazione del giorno dell'udienza di comparizione".

² Cass., Sez. II, 22 giugno 2011, n. 13691; Cass., Sez. III, 21 luglio 2006, n. 16772, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

³ Cass., Sez. II, 11 febbraio 2008, n. 3205, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass., Sez. III, 20 marzo 2006, n. 6120, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

⁴ Il principio generale di cui all'art. 156 c.p.c., a mente del quale la nullità non può essere mai pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato, trova applicazione, infatti, anche in questa ipotesi. È lo stesso terzo comma dell'art. 164 c.p.c. che dispone che "La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma". Il principio è stato richiamato in più occasioni a proposito delle notificazioni degli atti introduttivi del giudizio. La nullità "non può essere dichiarata tutte le volte che l'atto, malgrado

l'irritualità della notificazione, sia venuto a conoscenza del destinatario" (cfr. Cass., Sez. un., 18 aprile 2016, n. 7665; Cass., Sez. lav., n. 13857/2014; Cass., Sez. Trib., n. 1184/2001 e n. 1548/2002).

⁵ Conforme Cass., Sez. VI – 2, Ord. 2 novembre 2015, n. 22390.

⁶ Cfr. artt. 10 e 11 delle disposizioni sulla legge in generale e art. 36 comma 1 del D.Lgs. n. 150/2011 secondo cui "Le norme del presente decreto si applicano ai procedimenti instaurati successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso".

⁷ Precisa la Suprema Corte in questa ordinanza che non può trovare applicazione, onde superare la decadenza maturata a carico dell'appellante, l'art. 4, comma 5, D.Lgs. n. 150/2011, riferendosi tale norma esclusivamente al mutamento del rito disposto in primo grado e non già in appello (conf. Cass. civ., Sez. VI – 1, Ord., 6 luglio 2016, n. 13815).

speciali fossero ricondotti al giudizio ordinario di cognizione davanti al Tribunale ovvero al Giudice di pace.

Il proposito era certamente commendevole, ma non si può dire che si sia pienamente realizzato.

Questo *in primis* per alcuni limiti intrinseci della legge delega.

L'art. 54, 4° comma, lett. a), L. n. 69/2009 stabiliva che rimanessero fermi i criteri di competenza e di composizione dell'organo giudicante previsti dalla legislazione vigente. Si tornerà su questo vincolo nel prosieguo, quando si tratterà della querela di falso (v. *infra*).

L'art. 54, comma 4, lett. c) stessa legge delega prendeva atto genericamente dell'esistenza di peculiarità insopprimibili di alcuni riti speciali. Precisava, infatti, che la loro soppressione "non comporta l'abrogazione delle disposizioni previste dalla legislazione speciale che attribuiscono al giudice poteri officiosi, ovvero di quelle finalizzate a produrre effetti che non possono conseguirsi con le norme contenute nel codice di procedura civile". È evidente che tale previsione facoltizzava il legislatore delegato ad evitare una piena riconduzione ai tre modelli processuali di riferimento, il che costituiva di fatto un vizio d'origine della riforma.

La seconda ragione per cui le finalità che si poneva il legislatore non possono dirsi pienamente raggiunte consiste proprio nella scelta dei modelli processuali a cui riferirsi.

Il rito sommario di cognizione è stato accolto sin dalla sua introduzione nell'ordinamento con estremo scetticismo sia dalla dottrina che dagli operatori pratici del diritto. Le statistiche impietosamente dimostrano che, benché esso consenta di definire il giudizio in tempi assai più rapidi del rito ordinario (durata media di 385 giorni contro gli 840 giorni del rito ordinario⁸), esso viene adottato in percentuali assai scarse e ciò in quanto raramente le cause hanno carattere eminentemente documentale (non richiedono cioè verifiche complesse), raramente i fatti sono pacifici e la controversia implica la soluzione di mere questioni di diritto, cosicché comprensibilmente si nutre sfiducia verso le forme processuali semplificate, verso l'istruttoria sommaria, da cui dovrebbe comunque discendere una cognizione del giudice piena.

Ad ogni buon conto, il modello ideale di rito sommario di cognizione, richiamato dalla L. n. 69/2009 non si presenta più unitario e pertanto, come evidenzia *ex plurimis* da Roberto Martino, *Conversione del rito in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 916, bisogna riconoscere le notevoli differenze che sussistono fra quello "codicistico" (artt. 702 *bis* e segg. c.p.c.), quello "obbligatorio" per la semplificazione dei riti (art. 14 e segg.

D.Lgs. n. 150/2011) e quello per così dire "convertito" *ex* art. 183 *bis* c.p.c.⁹.

Nonostante questa "gemmazione" e le evidenze statistiche il legislatore continua a nutrire la massima fiducia verso il rito sommario di cognizione che, secondo alcuni progetti di riforma, dovrebbe persino sostituirsi al rito ordinario.

In modo non dissimile da quanto è avvenuto con il rito sommario di cognizione, anche il rito del lavoro, come è noto, ha perso di unitarietà.

I commi 47° e segg. dell'art. 1 della L. 28 giugno 2012, n. 92 hanno introdotto il c.d. rito Fornero per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dal novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970 n. 300 e s.m.i.). Detto rito speciale, connotato da una tortuosa struttura bifasica, ha creato tali e tanti dubbi ermeneutici, molti dei quali tuttora non sopiti, che più recenti riforme, come quella che ha introdotto nell'ordinamento il contratto di lavoro indeterminato a tutele crescenti (D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23) hanno preferito disattenderlo (cfr. art. 11, D.Lgs. 23/2015 cit.).

In luogo di ridurre drasticamente i riti speciali, quindi, nel volgere di qualche anno se ne sono creati di nuovi dai risvolti ancor più complicati da dirimere.

La novella dell'art. 204 bis c. str.

Avuto particolare riguardo al rito speciale *ex* art. 204 *bis* c. str., il legislatore delegato ha ritenuto prevalenti le caratteristiche della concentrazione e dell'officiosità dell'istruttoria ed ha quindi optato per la riconduzione delle opposizioni alle sanzioni per violazione del codice della strada al rito del lavoro, ai sensi del richiamato art. 7 del D.Lgs. n. 150/2011.

Senonché detto art. 7 deroga rispetto al rito del lavoro in ordine alla competenza (luogo in cui è stata commessa la violazione – 2° comma); termine per la proposizione del ricorso (di norma trenta giorni dalla contestazione della violazione o dalla notificazione del verbale di accertamento – 3° comma); forma della proposizione (anche a mezzo posta – 3° comma); legittimazione passiva (4° comma); notificazione del ricorso e del decreto di fissazione di udienza (a cura della cancelleria – 7° comma); facoltatività della difesa tecnica (8° comma); poteri-doveri del giudice (commi 7° e 9°, 10°, 11°, 12°); contributo unificato (doc. 13 e art. 10, comma 6° *bis*, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

Pare lecito chiedersi quali riflessi concreti abbia la riconduzione di questo rito – che di fatto rimane speciale – al modello laburistico (ammesso che vi sia ancora *un* modello laburistico); se non fosse più logica l'applicazione del processo ordinario di cognizione avanti al giudice di pace dal momento che la compe-

⁸ Cfr. G. Negri, *Processi civili lumaca, emendamento dimezza la durata*, il *Sole24ore*, 26 novembre 2017.

⁹ R. Tiscini, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 1, 112.

tenza è rimasta per materia in capo a quel giudice e se non avesse più senso mantenere la disciplina nel codice della strada.

Esclusione della riduzione progressiva della velocità per l'accertamento tramite Tutor

Il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 345 del D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 "Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada", non essendogli stata applicata la riduzione progressiva della velocità ("pari al 5, 10, 15 per cento a seconda che la velocità dedotta risulti, rispettivamente, inferiore a 70 km/ora, ovvero pari a 70 km/ora ed inferiore a 130 km/ora, ovvero pari o superiore a 130 km/ora") prevista dal 3° comma.

La Corte di cassazione respinge tale doglianza, in considerazione del fatto che il 3° comma dell'art. 345 del Regolamento cit., invocato dal ricorrente, si applica unicamente nel caso di controllo dell'osservanza del limite di velocità attraverso le annotazioni cronologiche stampigliate sui biglietti autostradali. Si tratterebbe, anche se la Corte non si esprime esplicitamente in tal senso, di una norma speciale e come tale non suscettibile di interpretazione estensiva/analogica.

Nel caso di specie la riduzione progressiva non risulterebbe applicabile, atteso che il controllo dell'osservanza del limite di velocità è stato effettuato in automatico, tramite il sistema c.d. Tutor, cosicché l'unica riduzione applicabile sarebbe quella del 2° comma, pari al "5%, con un minimo di 5 km/h", vigente in tutti gli altri casi, *rectius*, come precisa la norma, "qualunque sia l'apparecchiatura utilizzata".

Tale conclusione appare aderente alla formulazione letterale dell'articolo e, come tale, non appare censurabile.

Prescindendo da tali aspetti, che la lettera della disposizione poco contribuisce a chiarire, residuano invero dei dubbi sulla diversità di trattamento prevista dal codice per due fattispecie quantomeno simili.

Il procedimento descritto dall'art. 142, 6° comma, c. str., secondo cui il pubblico ufficiale raffronta le annotazioni cronologiche stampigliate sui biglietti autostradali all'atto dell'emissione e dell'esazione del pedaggio con la distanza tra i caselli di ingresso e di uscita, quale risulta dalle tabelle distanziometriche ufficiali predisposte dagli enti proprietari, per determinare la velocità media degli autoveicoli e così verificare il rispetto dei limiti di velocità, non pare dissimile dal procedimento seguito dal sistema automatico Safety Tutor (altrimenti denominato Tutor o SICVe – Sistema Informativo per il Controllo della Velocità), cosicché è lecito interrogarsi, anche in chiave costituzionale, sulla razionalità di tale distinzione.

Mette infine conto segnalare che alcuni giudici di merito sono giunti a conclusioni diverse.

Alcuni giudici di pace, in particolare, aderiscono alla tesi accolta dalla Suprema Corte di Cassazione, secondo cui si applicherebbe la riduzione fissa del 5%, ma rilevano che detto margine trova la sua *ratio*, come chiarito dallo stesso 2° comma dell'art. 345 del Reg. Cod. Strada, dalla "tolleranza strumentale" dell'apparecchiatura, che è "compresa nella riduzione". Ed infatti l'art. 197, 1° comma, lett. a), D.P.R. 16 settembre 1996, n. 610 ha introdotto nel 2° comma dell'art. 345 cit., ultimo periodo, la precisazione secondo cui "Non possono essere impiegate, per l'accertamento dell'osservanza dei limiti di velocità, apparecchiature con tolleranza strumentale superiore al 5%". Sulla scorta di queste premesse, alcuni giudici di pace hanno applicato una riduzione del 5% per ogni apparecchiatura coinvolta nel sistema Tutor e quindi sia per l'apparato di rilevazione in ingresso del veicolo sul tratto monitorato, sia per l'apparato di rilevazione in uscita, sia per l'unità di raccolta e trasmissione dei dati, giungendo così a sottrarre un 15% di tolleranza¹⁰.

Sulla necessità della proposizione di querela di falso sul verbale di contestazione impugnato

Un altro aspetto dell'ordinanza che si commenta suscita alcune perplessità.

Dalla motivazione dell'ordinanza pare potersi indurre quanto segue:

1) Il verbale di contestazione impugnato davanti al Giudice di Pace attestava: a) la corretta installazione del sistema di rilevamento automatico della velocità; b) il perfetto funzionamento del sistema di rilevazione della velocità; nonché c) l'esistenza di cartelli di presegnalazione della relativa postazione;

2) Avanti al giudice di pace il ricorrente contestava la veridicità di quanto attestato dal verbale di contestazione, ma non presentava querela di falso, né chiedeva di essere ammesso a presentare prova contraria;

3) Sempre nel corso del giudizio di primo grado, la Prefettura non sollevava l'eccezione di mancata proposizione di querela di falso. L'Ente, peraltro, non forniva documentazione comprovante i dati attestati nel verbale;

4) Nel corso del giudizio di appello per la prima volta la Prefettura eccepiva la mancata coltivazione di querela di falso, carenza in ipotesi preclusiva di ogni discussione sulla veridicità di quanto riportato nel verbale di contestazione. In ogni caso presentava, per la prima volta in quella sede, documentazione comprovante la veridicità delle attestazioni contenute nel verbale;

5) Il Tribunale adito non rilevava la tardività dell'eccezione della Prefettura, né la tardività del deposito documentale. Di ciò si lamentava il ricorrente in Cassazione *ex artt.* 345/346 c.p.c.

¹⁰ V. sent. Giudice di Pace di Parma Fabio Tosi 18/19 ottobre 2017 in causa r.g.n. 1254/2017 in www.studiocataldi.it; sent. Giu-

dice di Pace di Porretta Terme Carlo Francesco Tombolini Montessori 27 marzo 2017, n. 12 in <http://giornalediricezione.com>.

Secondo la Suprema Corte il verbale di accertamento dell'infrazione, in quanto atto pubblico, fa piena prova fino a querela di falso:

a) Dei fatti compiuti dallo stesso pubblico ufficiale verbalizzante;

b) Dei fatti avvenuti in presenza del pubblico ufficiale verbalizzante;

c) Dei fatti che il pubblico ufficiale verbalizzante abbia potuto conoscere “senza alcun margine di apprezzamento o di percezione sensoriale”.

Mentre su questi aspetti non vi è discussione, il dibattito giurisprudenziale si incentra sui “giudizi valutativi”, sulla “menzione di quelle circostanze relative ai fatti avvenuti in presenza del pubblico ufficiale che possono risolversi in suoi apprezzamenti personali, perché mediati dall'occasionale percezione sensoriale di accadimenti che si svolgono così repentinamente da non potersi verificare e controllare secondo un metro obiettivo”.

Secondo parte della giurisprudenza per mettere in discussione tali valutazioni non occorrerebbe la proposizione di querela di falso, costituendo quanto è frutto delle deduzioni dell'agente “solo materiale indiziario soggetto al libero apprezzamento del giudice” (cfr. Cass., Sez. VI -3, Ord., 24 maggio 2017, n. 13107), “il quale può valutarne l'importanza ai fini della prova, ma non può mai attribuirgli il valore di vero e proprio accertamento” (Cass., Sez. III, 25 giugno 2003, n. 10128)¹¹.

Secondo altra corrente giurisprudenziale “è riservata al giudizio di querela di falso (ove non sono previsti limiti di prova) l'esame di ogni questione concernente l'eventuale alterazione – pur se involontaria o dovuta a cause accidentali –, della realtà degli accadimenti e dell'effettivo svolgersi dei fatti contenuta nel verbale”. La querela non sarebbe necessaria solo nell'ipotesi in cui l'atto non fosse suscettibile di fede privilegiata a causa di una “sua intrinseca, oggettiva e irredimibile contraddittorietà” (in questo senso Cass., Sez. II, 14 febbraio 2013, n. 3705; Cass., Sez. II, 2 febbraio 2011, n. 2434; Cass., Sez. II, 11 gennaio 2010, n. 232; Cass., Sez. un., 24 luglio 2009, n. 17355, in *Mass. Giur. It.*, 2009 ed in *Corriere del Merito*, 2009, 10, 987 nota di Travaglino).

Con l'ordinanza in epigrafe la Suprema Corte propende per una tesi intermedia. Con riferimento alle altre circostanze di fatto indicate nel verbale, che il pubblico ufficiale abbia appreso da terzi o in seguito ad altri accertamenti, il verbale presenta, sempre secondo la Suprema Corte un “attendibilità intrinseca”, che può essere scalfita solo da una specifica prova contraria (in questo senso cfr. Cass., Sez. III, 6 ottobre 2016, n. 20025; Cass., Sez. III, 9 settembre 2008, n. 22662; Cass., Sez. II, 20 marzo 2007 n. 6565).

Tale conclusione a cui perviene la Suprema Corte

appare conforme agli artt. 2699 – 2700 c.c., ma, nella misura in cui estende l'area della querela di falso necessaria, conduce a risultati concreti che appaiono collidere con il principio di economia processuale e con il rispetto del diritto di difesa e, come tali, meritevoli di ripensamento.

Il giudice di pace viene adito nelle ipotesi in discussione, di infrazioni del codice della strada, con ricorso volto all'impugnazione di un provvedimento amministrativo, mediante contestazione dell'operato di una pubblica amministrazione nell'esercizio di una pubblica funzione.

In questo genere di giudizi, come nei giudizi davanti al giudice amministrativo o tributario, si presentano, per definizione in percentuale assai maggiore che in altri, delle doglianze in ordine a fatti compiuti dal, o in presenza di, un pubblico ufficiale. Vengono sottoposti a sindacato i dati che l'agente abbia potuto conoscere senza alcuna margine di apprezzamento, ovvero “a seguito di altri accertamenti”. E questi accertamenti (talvolta complessi, frutto di discrezionalità tecnica) sono, nella maggior parte dei casi, decisivi ai fini della decisione.

Ebbene, se queste materie sono attribuite alla cognizione di giudici specializzati è per la necessità che il sindacato venga condotto da un magistrato in possesso di adeguate conoscenze tecniche ed in ossequio ad una *ratio* semplificatrice (che supera ad esempio il dibattito sulla titolarità in capo al ricorrente, in queste ipotesi, di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo).

Entrambe tali ragioni appaiono tradite nel momento in cui si impone al giudice adito di sospendere il giudizio (art. 313 c.p.c.) in attesa della promozione e della definizione del giudizio di falso, che dovrà essere trattato, ai sensi del codice di procedura civile (art. 225 c.p.c.), avanti al Tribunale in composizione collegiale, con la presenza obbligatoria del Pubblico Ministero (art. 221, 3° comma, c.p.c.) e quindi con un rito particolarmente – e probabilmente eccessivamente – garantito.

L'*impasse* potrebbe essere superata con un intervento del legislatore che estendesse i poteri di cognizione e decisione del Giudice di pace (ma, come detto il tema *mutatis mutandis* si pone anche con riguardo ad altre giurisdizioni). Sennonché, come si è visto *supra*, i vincoli contenuti nell'art. 54 della legge delega legge n. 69/2009 impedivano di procedere in questo senso.

Accantonati questi rilievi *de iure condendo*, ritorniamo ad analizzare l'ordinanza in epigrafe.

Ad avviso della Corte di Cassazione “la mancata presentazione della querela di falso – nella specie avverso il verbale di contestazione – non integra ecce-

¹¹ Cfr. Cass., Sez. lav., 7 novembre 2014, n. 23800; Cass., Sez. II, 27 ottobre 2008, n. 25842, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass., Sez. II, 29 agosto 2008, n. 21816).

zione in senso stretto preclusa dal divieto dei *nova* in appello, ma mera difesa”.

Per tale ragione, essendo tempestiva l'eccezione di mancata proposizione di querela di falso, la Suprema Corte conferma il passaggio in giudicato delle questioni relative alla veridicità del contenuto del verbale (irrilevante essendo ai fini del decidere la questione della tempestività della produzione documentale in appello).

La contestazione, mossa dal ricorrente in Cassazione, in ordine all'assenza di presegnalazione della postazione di controllo, nonostante le contrarie indicazioni emergenti dal verbale, non richiedeva per essere discussa la proposizione della querela di falso, perché si trattava probabilmente di circostanze di fatto non direttamente apprese dal pubblico ufficiale. Sennonché il ricorrente non ha formulato nel giudizio di merito richiesta di ammissione di mezzi di prova contraria e quindi il motivo è privo di decisività.

Sulla necessità di revisione e taratura periodica del c.d. Tutor

Secondo la Suprema Corte una sola doglianza del ricorrente era meritevole di accoglimento: quella relativa alla necessità che il sistema di rilevamento della velocità Tutor venga sottoposto a periodica revisione e taratura.

Sul punto la giurisprudenza registra un notevole ripensamento. Secondo Cass., Sez. II, 10 maggio 2010, n. 11273, ad es., “Le apparecchiature destinate alla rilevazione della velocità dei veicoli non devono essere obbligatoriamente soggette, in base alla normativa applicabile, tanto nazionale che comunitaria, ad alcun procedimento di verifica e taratura periodica, salvo il caso in cui sia lo stesso costruttore ad imporlo nel manuale d'uso. Le uniche norme che risultano disciplinare i requisiti di detto tipo di strumentazione, infatti, sono rispettivamente gli artt. 192 (art. 45 c. str.) e 345 del Regolamento di esecuzione del nuovo Codice della Strada le quali, escludendo una elencazione tassativa delle apparecchiature deputate all'accertamento della velocità, si limitano ad individuarne in modo generico una serie di requisiti essenziali sancendo l'obbligatorietà della sola preventiva omologazione in base all'accertamento circa la sussistenza di detti requisiti. Risulta

tendenzialmente esclusa, quindi, una procedura di taratura periodica (la cui mancata esecuzione non può, in termini pratici, inficiare la legittimità dell'accertamento effettuato tramite l'apparecchiatura de quo) trattandosi di strumenti destinati ad essere utilizzati sotto lo stretto controllo del personale operante e dotati di sistemi di autodiagnosi di eventuali guasti che manifestano immediatamente al personale medesimo l'eventuale stato di cattivo funzionamento”.

Ma sul punto è intervenuta la Corte cost. con sent. 18 giugno 2015, n. 113 che ha correttamente osservato che “appare evidente che qualsiasi strumento di misura, specie se elettronico, è soggetto a variazioni delle sue caratteristiche e quindi a variazioni dei valori misurati dovute ad invecchiamento delle proprie componenti e ad eventi quali urti, vibrazioni, shock meccanici e termici, variazioni della tensione di alimentazione. Si tratta di una tendenza disfunzionale naturale direttamente proporzionata all'elemento temporale. L'esoneo da verifiche periodiche, o successive ad eventi di manutenzione, appare per i suddetti motivi intrinsecamente irragionevole. I fenomeni di obsolescenza e deterioramento possono pregiudicare non solo l'affidabilità delle apparecchiature, ma anche la fede pubblica che si ripone in un settore di significativa rilevanza sociale, quale quello della sicurezza stradale. Un controllo di conformità alle prescrizioni tecniche ha senso solo se esteso all'intero arco temporale di utilizzazione degli strumenti di misura, poiché la finalità dello stesso è strettamente diretta a garantire che il funzionamento e la precisione nelle misurazioni siano contestuali al momento in cui la velocità viene rilevata, momento che potrebbe essere distanziato in modo significativo dalla data di omologazione e di taratura”.

Ed è stato così dichiarato illegittimo l'art. 45, 6° comma, del Codice della strada nella parte in cui non prevede che tutti gli autovelox siano sottoposti a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura. Proprio il riferimento a “qualsiasi strumento di misura elettronico”, contenuto nella motivazione della sentenza della Consulta, consente di estendere l'obbligo di taratura periodico anche ad apparecchiature di rilevamento della velocità diverse dall'autovelox o dal telelaser, come appunto il Safety Tutor.

Abusi edilizi

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 settembre 2017, n. 4547 – Pres. Troiano – Est. D'Angelo – V. (avv. Abbamonte) – Comune di Sant'Anastasia (avv. Colantuoni). *Conferma T.A.R. Campania, Sez. III, 19 novembre 2007, n. 14090.*

Edilizia e urbanistica – Immobile abusivo – Ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio della pubblica amministrazione – Ricorso avverso di essa senza previa impugnazione dell'ordinanza di demolizio-

ne – Inammissibilità – Inefficacia nei confronti del proprietario estraneo all'abuso

L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive, prevista dall'art. 7, 3° comma, L. 28 febbraio 1985, n. 47 (ora art. 31, 3° comma, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) è atto privo di contenuto discrezionale, subordinato unicamente all'accertamento dell'inottemperanza e al decorso del termine di legge (novanta giorni) fissato per la demolizione e il ripristino dello stato dei luoghi: è dunque inammissibile il ricorso

proposto avverso il provvedimento di acquisizione del manufatto abusivo e dell'area interessata dall'illecito al patrimonio della pubblica amministrazione ove non sia stata previamente impugnata l'ordinanza di demolizione.

L'acquisizione gratuita al patrimonio della pubblica amministrazione non opera nei confronti del proprietario qualora risulti, in modo inequivocabile, la sua estranei-

tà rispetto al compimento dell'opera abusiva ovvero risulti che, una volta venutone a conoscenza, si sia poi adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

Acquisizione gratuita dell'immobile abusivo da parte della pubblica amministrazione

Alice Cascone*

Il Consiglio di Stato ribadisce che, in assenza di tempestiva impugnazione dell'ordinanza di demolizione, il ricorso avverso il provvedimento di acquisizione gratuita al patrimonio comunale del manufatto abusivo e dell'area oggetto di intervento edilizio illecito è inammissibile. L'ordinanza di demolizione è immediatamente lesiva e, pertanto, deve essere impugnata dal responsabile dell'abuso; invece, l'acquisizione gratuita è atto consequenziale all'accertamento dell'inottemperanza al ripristino dello stato dei luoghi e, come tale, non risulta autonomamente impugnabile.

Tale ricostruzione non muta per il proprietario che – sebbene non direttamente responsabile dell'illecito – una volta venutone a conoscenza non si sia adoperato per il ripristino della legalità violata.

Introduzione

La controversia esaminata dal Consiglio di Stato trae origine dal ricorso proposto innanzi al T.A.R. Campania dal proprietario contro l'ordinanza con cui un Comune – a seguito di alcune ordinanze di demolizione rimaste ineseguite e del diniego sull'istanza di sanatoria¹ – aveva acquisito al proprio patrimonio un prefabbricato abusivo, unitamente all'area di sedime e di pertinenza. Il T.A.R. ha dichiarato il ricorso inammissibile in ragione dell'omessa previa impugnazione, da parte del ricorrente, dell'atto di diniego dell'istanza di sanatoria e delle ordinanze di demolizione; avverso la sentenza di primo grado² il proprietario ha quindi proposto appello, a sua volta rigettato.

La motivazione a fondamento della sentenza di secondo grado s'incetra principalmente su due *rationes decidendi*: in primo luogo, il Consiglio di Stato attribuisce rilievo decisivo alla circostanza che l'ordinanza di acquisizione è un atto consequenziale all'omessa

spontanea esecuzione dell'ordine di ripristino dello *status quo ante* nel termine di novanta giorni dalla notifica dell'ordinanza di demolizione; in secondo luogo, afferma che anche il proprietario non responsabile dell'abuso edilizio subisce l'effetto acquisitivo allorché non fornisca la prova della propria estraneità al compimento dell'attività illecita o che si sia adoperato per impedirlo, una volta venutone a conoscenza.

Sul punto già da tempo la Corte costituzionale³ ha affermato che l'acquisizione gratuita non costituisce né una sanzione accessoria all'ordine di demolizione né, tantomeno, una misura strumentale tesa a consentire alla pubblica amministrazione di provvedere alla demolizione d'ufficio⁴; si tratta invece di una sanzione autonoma⁵, comminata dall'ordinamento in conseguenza dell'accertamento dell'inadempienza all'ordine di demolizione⁶.

L'automaticità dell'effetto acquisitivo

In passato l'acquisizione della proprietà al patrimonio

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ In realtà il ricorrente aveva presentato, insieme al responsabile dell'abuso, due domande di sanatoria: la prima era stata respinta dal Comune, la seconda archiviata perché meramente riproduttiva della precedente.

² Cfr. T.A.R. Campania, Sez. III, 19 novembre 2007, n. 14090.

³ Cfr. Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, 3° comma, L. n. 47/1985 (ora art. 31, 3° comma, D.P.R. n. 380/2001) in riferimento agli artt. 3 e 42 della Costituzione. Ad avviso del giudice *a quo*, la norma violerebbe l'art. 3 della Costituzione perché sanziona alla stessa maniera il comportamento del proprietario responsabile dell'illecito e quello del proprietario incolpevole; inoltre, contrasterebbe con l'art. 42 della Costituzione nell'assunto della perdita del diritto di proprietà da parte del proprietario non responsabile dell'abuso. Secondo l'interpretazione fornita dalla Consulta, l'acquisizione gratuita non può operare "nei confronti del proprietario dell'area quando risulti, in modo ine-

quivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento". Per un approfondimento, cfr. G. Morbidelli, *La confisca delle opere abusive al vaglio della Corte: dalla tutela del proprietario incolpevole al principio del contraddittorio nelle sanzioni edilizie*, in *Giur. Cost.*, 1991, V, 2575 e segg.

⁴ Invero, dal carattere dell'esecutorietà proprio dell'ordinanza di demolizione discende la possibilità per la pubblica amministrazione di provvedere d'ufficio alla demolizione indipendentemente dall'acquisizione della proprietà.

⁵ Cfr. T.A.R. Campania, Sez. II, 21 agosto 2017, n. 4096; Id., Lazio, Sez. II, 11 luglio 2017, n. 8243; Id., Abruzzo (Pescara), Sez. I, 16 maggio 2016, n. 183.

⁶ Il verbale di accertamento dell'inottemperanza è inoppugnabile poiché ha carattere endoprocedimentale e, quindi, non riveste autonomia portata lesiva. Cfr., sul punto, T.A.R. Campania, Sez. VIII, 28 agosto 2017, n. 4122; Id., Lazio, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 6904.

della pubblica amministrazione, in ragione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, era prevista⁷ dall'art. 15, 3° comma, L. 28 gennaio 1977, n. 10⁸; oggi, essa è prevista dall'art. 31, 3° comma, D.P.R. n. 380/2001⁹, a norma del quale se "il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione [...] nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria [...] alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune [...]".

Dallo schema procedimentale delineato dall'art. 31, D.P.R. n. 380/2001¹⁰ emerge che il trasferimento coattivo della proprietà al patrimonio comunale (o comunque dell'amministrazione cui è attribuita la vigilanza sul rispetto del vincolo¹¹) consegue *ope legis*¹² al fatto in sé dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione: pertanto, la scadenza infruttuosa del termine di novanta giorni¹³ costituisce l'unico presupposto per il verificarsi dell'acquisizione gratuita¹⁴.

In questa logica, vi è da chiedersi quale sia la natura dell'atto di acquisizione¹⁵ (e, quindi, quale sia il momento a partire dal quale si verifica l'effetto traslativo); sebbene appaia prevalente la tesi sulla natura dichiarativa dell'atto, negli anni – in particolare prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 380/2001 – si sono

formati due diversi filoni interpretativi sia nella giurisprudenza amministrativa che in quella penale¹⁶.

Secondo un primo orientamento¹⁷ l'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione riveste natura costitutiva, in quanto spiega il duplice effetto di legittimare la pubblica amministrazione all'immissione in possesso e alla trascrizione del titolo di acquisto: infatti, per il perfezionamento del procedimento acquisitivo non sarebbe sufficiente il mero decorso del termine di novanta giorni dalla notifica dell'ordinanza di demolizione, ma occorrerebbe anche l'emanazione di tale atto. Seguendo questa logica, si è sostenuto che con l'espressione "di diritto", il legislatore abbia inteso unicamente precisare che l'acquisizione al patrimonio comunale è atto dovuto al verificarsi dell'inottemperanza, dovendosi escludere che l'effetto traslativo "si realizzi per il solo fatto dell'infruttuoso decorso del termine"¹⁸.

Da un punto di vista processuale, questa impostazione comporta che il privato possa impugnare l'atto di accertamento dell'inottemperanza innanzi al giudice amministrativo perché tale provvedimento, dal quale deriva l'effetto ablatorio, riveste carattere lesivo.

Secondo un altro orientamento (maggioritario)¹⁹ l'acquisizione gratuita opera *ipso iure* allo spirare del termine fissato dalla legge per la demolizione: ne discende che l'atto di accertamento dell'inottemperanza acclara

⁷ Cfr. F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008, 205 e segg.

⁸ In base all'art. 15, 3° comma, L. n. 10/1977, "le opere eseguite in totale difformità o in assenza della concessione debbono essere demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con ordinanza. In mancanza, le predette opere sono gratuitamente acquisite, con l'area su cui insistono, al patrimonio indisponibile del comune che le utilizza a fini pubblici, compresi quelli di edilizia residenziale pubblica".

⁹ Il comma riproduce il testo dell'ormai abrogato art. 7, 3° comma, L. n. 47/1985.

¹⁰ Cfr. F. Vetrò, *commento all'art. 31*, in *Testo unico dell'Edilizia*, III ed., a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2015, 751 e segg.

¹¹ Secondo l'art. 31, 6° comma, D.P.R. n. 380/2001, "per gli interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti [...] a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita [...] si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. [...] Nella ipotesi di concorso dei vincoli, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio del comune".

¹² Si noti che invece l'art. 15 della L. n. 10/1977 stabiliva espressamente che "l'acquisizione si effettua con ordinanza motivata del sindaco" ed in tal modo sembrava escludere qualsivoglia automatismo.

¹³ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II *ter*, 13 ottobre 2014, n. 10273, secondo cui l'assegnazione di un termine inferiore a novanta giorni non determina l'illegittimità del provvedimento, trattandosi di una violazione meramente formale e non lesiva per l'interessato, il quale conserva comunque un termine non inferiore a quello di legge per ottemperare all'ordine di demolizione.

¹⁴ In realtà, nella vigenza della L. n. 47/1985, la dottrina ha avanzato perplessità sull'automaticità dell'effetto acquisitivo. A tal proposito, secondo F. Saitta, *Acquisizione gratuita delle opere abusive e tutela del proprietario*, in *Riv. Giur. Urbanistica*, 1995, 310 e segg., l'ordinanza di acquisizione dell'immobile abusivo non riveste natura meramente ricognitiva di un evento verificatosi *ipso iure* per il solo fatto della mancata tempestiva demolizione poiché – mediante il provvedimento di acquisizione – l'amministrazione è tenuta altresì ad accertare l'inottemperanza del privato all'ordine

di demolizione, la volontarietà del comportamento inadempiente e a determinare l'area da acquisire. Cfr., altresì, L. Mazarroli, *Sul regime delle sanzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia: dalla legge n. 1150 del 1942 alla legge n. 47 del 1985*, *ivi*, 439, che – nel commentare l'automaticità *ex lege* dell'effetto acquisitivo – ha affermato "è davvero singolare che, in uno Stato di diritto, venga salutata come una conquista una norma dettata allo scopo di rendere più difficile, per il cittadino, la difesa in giudizio dei propri diritti e interessi" e G. Bergonzini, *I provvedimenti cautelari e "definitivi" del sindaco nei confronti degli abusi edilizi*, *ivi*, 1986, 79, secondo cui "in tutte le ipotesi nelle quali le opere abusive, non tempestivamente demolite, siano state eseguite su aree che eccedono, per estensione, la corrispondente esigenza di dotazioni pertinenziali, vi è la necessità di identificare puntualmente le superfici destinate a subire la confisca; potendo ciò avvenire soltanto a seguito del provvedimento del Sindaco – questo non può non implicare, sotto tale riguardo, un certo margine di discrezionalità –, ne risulta contraddetta la possibilità di ritenere che la confisca operi sempre automaticamente".

¹⁵ In proposito si osservi che l'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione non necessariamente è contenuto in un provvedimento autonomo e distinto da quello di acquisizione, trattandosi di circostanza fattuale che potrebbe essere acclarata anche in quest'ultimo atto.

¹⁶ Per un approfondimento del contrasto nella giurisprudenza della Corte di cassazione, cfr. A. Scarcella, *La demolizione del manufatto abusivo tra acquisizione gratuita e notifica dell'inottemperanza*, in *Urb. e Appalti*, 2012, XI, 1213 e segg.

¹⁷ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 9 novembre 1998, n. 1595; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 30 settembre 1992, n. 406; Id., Campania (Salerno), 7 novembre 1988, n. 301; cfr., altresì, Cass. pen., Sez. III, 20 giugno 2008, n. 25196; Id., 18 novembre 2004, n. 44695; Id., 28 ottobre 2004, n. 42192.

¹⁸ T.A.R. Campania (Salerno), 30/1988 cit.

¹⁹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2000, n. 341; Id., 17 novembre 1994, n. 1305; Id., 23 gennaio 1991, n. 66; cfr., altresì, Cass. pen., Sez. III, 23 dicembre 2008, n. 48031; Id., 20 aprile 2005, n. 14638; Id., 2 settembre 2004, n. 35785.

una situazione giuridica già perfezionatasi allo scadere dei novanta giorni, configurandosi come titolo necessario ai soli fini dell'immissione in possesso e della trascrizione nei pubblici registri immobiliari del trasferimento della proprietà alla pubblica amministrazione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2644 c.c.

In tale contesto, si è sostenuto²⁰ che l'incertezza sulla natura dell'atto di accertamento dell'inottemperanza sia dipesa dalla prassi operativa dei singoli enti territoriali dal momento che – a differenza del vigente art. 31, 2° comma, D.P.R. n. 380/2001 – l'art. 7, 2° comma, L. n. 47/1985 non stabiliva che l'ordinanza di demolizione dovesse contenere l'indicazione della *res* e dell'area che, in caso di inottemperanza, sarebbero state acquisite di diritto al patrimonio della pubblica amministrazione²¹: tale indicazione poteva dunque essere demandata all'atto di accertamento dell'inottemperanza, il quale – per questo aspetto – si poteva caratterizzare per un'autonoma lesività rispetto all'ordinanza di demolizione.

Alla luce della nuova disposizione normativa e secondo una giurisprudenza ormai costante, il provvedimento di accertamento dell'inottemperanza riveste invece natura dichiarativa²² (in quanto privo di contenuto discrezionale) dell'acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione²³, che si perfeziona *ope legis* allo scadere del decorso infruttuoso del termine di legge fissato per la demolizione e il ripristino dello stato dei luoghi.

In tale ottica, il giudice penale – il quale abbia eventualmente disposto *medio tempore* il sequestro preventivo²⁴ della *res* oggetto dell'illecito – non ne deve disporre il dissequestro in favore del privato proprietario responsabile (quand'anche in possesso dell'immobile), bensì in favore della pubblica amministrazione divenutane proprietaria²⁵; in questa stessa logica, la giurisprudenza ha affermato che la demolizione eseguita dopo il decorso del termine normativamente

fissato è illecita, in quanto configura un intervento su cosa altrui²⁶, precludendo peraltro alla pubblica amministrazione la facoltà di conservare l'opera²⁷.

Pertanto, fra l'ordine di demolizione e l'atto di acquisizione sussiste un rapporto di pregiudizialità, con la conseguenza che l'eventuale annullamento dell'ordinanza di demolizione comporta il venir meno degli effetti del provvedimento acquisitivo²⁸: sul piano processuale a ciò consegue che la mancata impugnazione dell'ordinanza di demolizione rende inoppugnabile l'accertamento dell'abuso²⁹ e, di conseguenza, determina l'inammissibilità del ricorso volto all'annullamento del provvedimento di acquisizione gratuita; d'altro canto, dall'accoglimento dell'impugnazione del solo atto consequenziale, “non può conseguire la caducazione dell'atto presupposto che è l'ordinanza di demolizione, la cui efficacia, certamente pregiudizievole per il ricorrente, in quanto non tempestivamente avversata, non viene meno”³⁰.

In ultima analisi, il provvedimento di accertamento e di acquisizione non è impugnabile per vizi propri dell'ordinanza di demolizione, salvo che quest'ultima non sia impugnata, “non essendo consentita al giudice amministrativo la disapplicazione incidentale di un atto autoritativo presupposto”³¹; diversamente opinando, il termine decadenziale per l'impugnazione del provvedimento di ingiunzione verrebbe facilmente eluso.

A tale stregua, qualora l'ordinanza di demolizione dell'opera abusiva si consolidi definitivamente in ragione dell'omessa impugnazione, gli atti ad essa consequenziali possono essere impugnati solo per vizi propri, vale a dire con riferimento alla correttezza formale e sostanziale del contenuto che li caratterizza³² (per esempio, in caso di errore nell'accertamento dell'inottemperanza colpevole³³ o qualora il termine di novanta giorni non sia effettivamente decorso³⁴)³⁵.

²⁰ Cfr. F. Vetrò, *commento all'art. 31*, cit., 764.

²¹ L'art. 7, 2° comma, L. n. 47/1985 stabiliva che il sindaco, “accertata l'esecuzione di opere in assenza di concessione, in totale difformità dalla medesima ovvero con variazioni essenziali [...] ingiunge la demolizione”.

²² Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 27 luglio 2017, n. 3729; Id., 10 luglio 2017, n. 3366; Id., 14 aprile 2015, n. 1884; Id., Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3566; Id., 8 aprile 2014, n. 4213; Id., 15 luglio 2013, n. 3834; T.A.R. Campania, Sez. IV, 11 settembre 2017 n. 4346; Id., Sez. II, 12 giugno 2017, n. 3136; Id., Puglia, Sez. III, 16 febbraio 2017, n. 138.

²³ Cfr. Cass. civ., Sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 23453, la quale chiarisce che si tratta di acquisto a titolo originario.

²⁴ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 27 luglio 2017, n. 3728, secondo cui l'ordinanza di demolizione emessa dall'amministrazione comunale anche in pendenza di sequestro penale sul manufatto abusivo è legittima poiché il privato può chiedere all'autorità giudiziaria il dissequestro al fine di provvedere alla demolizione.

²⁵ Cfr. G. Bellucci e P. Pellegrini, *La repressione degli abusi edilizi nella giurisprudenza amministrativa, penale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, 165.

²⁶ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7030.

²⁷ Cfr. art. 31, 5° comma, D.P.R. n. 380/2001, secondo cui “l'opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del

responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali”. In giurisprudenza cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1770.

²⁸ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2016, n. 5374.

²⁹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4206; Id., Sez. IV, 28 novembre 2016, n. 5006; T.A.R. Emilia-Romagna (Parma), Sez. I, 27 giugno 2017, n. 234; Id., 18 aprile 2017, n. 139.

³⁰ P. Centofanti, *L'acquisizione*, in *L'abusivismo edilizio*, II ed., a cura di N. Centofanti e P. Centofanti, Milano, 2015, 125.

³¹ Cons. di Stato, Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3565.

³² Cfr. T.A.R. Abruzzo (Pescara), Sez. I, 26 maggio 2016, n. 193.

³³ Cfr. R. Giovagnoli e M. Fratini, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, 1348.

³⁴ Cfr. T.A.R. Marche, Sez. I, 7 agosto 2017, n. 664.

³⁵ In proposito, F. Saitta, *Acquisizione gratuita delle opere abusive e tutela del proprietario*, cit., 322 e 323, ha affermato che l'autonoma impugnabilità in sede giurisdizionale del provvedimento di acquisizione per vizi propri è incompatibile con l'orientamento interpretativo che riconnette l'effetto traslativo dell'im-

La distinzione soggettiva fra proprietario e responsabile dell'abuso

Un ulteriore spunto di riflessione offerto dalla sentenza in commento concerne l'individuazione dei destinatari passivi del provvedimento acquisitivo. Sul punto, il Consiglio di Stato in commento richiama l'orientamento consolidato secondo cui il proprietario non responsabile dell'abuso può andare indenne dalla misura ablatoria soltanto ove dimostri la sua estraneità rispetto al compimento dell'opera abusiva ovvero risulti che, essendone venuto a conoscenza, si sia poi adoperato per impedirlo con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento³⁶.

A differenza della normativa previgente³⁷, l'art. 31, 2° comma, D.P.R. n. 380/2001 individua – quali destinatari dell'ordine di demolizione – il responsabile dell'abuso e il proprietario, esplicitando così che entrambi i soggetti sono in linea di principio “chiamati a ripristinare il corretto assetto edilizio violato dall'abuso”³⁸; benché di frequente fra di essi vi sia identità soggettiva, dalla lettera della disposizione emerge che, pure nell'eventualità in cui le due figure non coincidano, il proprietario dell'immobile è comunque legittimato passivo rispetto all'ordinanza di demolizione, indipendentemente dalla estraneità o meno alla commissione dell'illecito.

Del resto, quand'anche esente da responsabilità penale, non di rado il proprietario non può essere considerato estraneo in buona fede rispetto all'abuso edilizio se, pur a conoscenza dei lavori abusivi che si stavano compiendo sulla sua proprietà, non ha fatto nulla per interromperli³⁹; ed invero, in caso di mera tolleranza, potrebbe comunque ipotizzarsi un suo coinvolgimento, quantomeno a titolo di concorso morale⁴⁰.

L'estensione dell'obbligo di ripristino al proprietario (ed, eventualmente, ai terzi che hanno acquistato *medio tempore* diritti reali e personali di godimento sulla *res* abusiva)⁴¹ trova giustificazione nella *ratio* sottesa alla disciplina sulla repressione amministrativa

dell'abusivismo, vale a dire la ricomposizione del corretto assetto edilizio-urbanistico violato e, dunque, l'eliminazione di una situazione anti-giuridica⁴².

A tale stregua, l'acquirente dell'immobile su cui è stato realizzato un abuso subentra nella totalità dei rapporti giuridici attivi e passivi del dante causa⁴³; di conseguenza, qualora il termine per ottemperare all'ordine di demolizione sia ancora pendente, egli è tenuto a provvedervi (fatto comunque salvo il diritto di rivalersi nei confronti del precedente proprietario⁴⁴); diversamente opinando, la norma verrebbe agevolmente elusa dall'autore dell'abuso tramite l'alienazione a terzi dell'immobile.

La natura ripristinatoria (e reale) dell'ordinanza di demolizione, non postulando l'accertamento del dolo o della colpa del destinatario, “prescinde dallo stato soggettivo del responsabile”⁴⁵ e, dunque, è opponibile anche a soggetti estranei alla commissione dell'illecito; inoltre, l'esecuzione di opere edilizie *sine titulo* costituisce illecito permanente⁴⁶ che la pubblica amministrazione può reprimere in qualsivoglia momento⁴⁷. E ciò, si noti, senza necessità di ulteriore motivazione rispetto all'esigenza obiettiva della rimessione in pristino: invero, come recentemente affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, “il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso”⁴⁸; tale principio non è derogato neppure qualora “l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino”⁴⁹.

Benché l'art. 31, 3° comma, D.P.R. n. 380/2001 individui unicamente nel responsabile dell'abuso il

mobile abusivo al mero decorso del termine di novanta giorni: “se, infatti, non può mettersi in dubbio l'unicità del potere esercitato nel reprimere un abuso edilizio, va pur sempre tenuto presente che l'ingiunzione a demolire e l'acquisizione costituiscono due distinte manifestazioni di volontà e pertanto possono formare oggetto di sindacato separatamente”.

³⁶ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 358; Id., 4 settembre 2015, n. 4125; Id., 4 maggio 2015, n. 2211; Id., 30 marzo 2015, n. 1650; T.A.R. Abruzzo (Pescara), Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 75; Id., Sicilia, Sez. II, 11 luglio 2016, n. 1709; Id., Emilia-Romagna, Sez. II, 21 giugno 2016, n. 613.

³⁷ Cfr. nota 21.

³⁸ Cons. di Stato, 358/2016 cit.

³⁹ Cfr. M. Petitto, *L'assenza di permesso di costruire, la totale difformità e le variazioni essenziali. Sanzioni (art. 31, D.P.R. 6.6.2001, n. 380)*, in G. Bonilini e M. Confortini *Codice di edilizia e urbanistica* a cura di Battini, Casini, Vesperini, Vitale, Milano, 2015, 1369.

⁴⁰ Cfr. T.A.R. Campania, 14090/2007 cit.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 7 luglio 2015, n. 42699; Id., 26

febbraio 2014, n. 16035.

⁴² Cfr. P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, II ed., Milano, 2012, 115.

⁴³ Per un approfondimento sulle ipotesi di subentro di un nuovo proprietario nella titolarità del bene abusivo e per il caso della locazione di un'area a terzi sulla quale venga poi realizzato un abuso, cfr. D. Chinello, *L'acquisizione gratuita degli immobili abusivi e la figura del proprietario incolpevole*, in *questa Rivista*, 2015, XI, 2470 e segg.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 25 maggio 2017, n. 32.

⁴⁵ F. Pozzolini, *L'attività edilizia*, in *Diritto per il governo del territorio* a cura di M. Carrà, W. Gasparri, C. Marzuoli, Bologna, 2012, 299.

⁴⁶ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 26 luglio 2017, n. 3694.

⁴⁷ Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. II, 24 luglio 2017, n. 733; Id., Campania (Salerno), Sez. I, 16 giugno 2017, n. 1076; Id., Lazio, Sez. II, 7 marzo 2017, n. 3188.

⁴⁸ Cons. di Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9.

⁴⁹ Cons. di Stato, ad. plen., 9/2017 cit.

soggetto tenuto in concreto a provvedere alla rimozione del manufatto abusivo, dalle considerazioni fin qui svolte consegue che l'acquisizione gratuita non può che riferirsi ai medesimi soggetti obbligati *ex lege* ad eseguire la demolizione della *res* illecita⁵⁰: ciò come conseguenza non tanto dell'edificazione senza titolo, quanto dell'inottemperanza all'ordine impartito⁵¹.

In questo contesto, sebbene la già citata pronuncia n. 345/1991 della Consulta sia intervenuta sul previgente art. 7, L. n. 47/1985 (il quale, giova rammentarlo, non prevedeva come destinatario dell'ordine di demolizione il proprietario), l'affermazione secondo cui "l'acquisizione gratuita è una sanzione prevista per il caso dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolire", appare quanto mai attuale; l'inottemperanza all'ordine di demolizione impartito dalla pubblica amministrazione integra un illecito autonomo rispetto alla commissione dell'abuso edilizio, del quale può rendersi responsabile sia l'esecutore dell'illecito sia il proprietario che, parimenti obbligato alla rimozione dell'abuso, non si sia adoperato per il ripristino della legalità violata⁵².

Tuttavia, "oltre all'elemento di carattere oggettivo, costituito dalla mancata esecuzione della demolizione nel termine, è necessario un requisito di carattere soggettivo, vale a dire l'imputabilità dell'inesecuzione al responsabile dell'abuso"⁵³ (o *a fortiori* al proprietario non responsabile). Invero, qualora riesca a fornire la prova della propria estraneità⁵⁴ alla commissione dell'illecito edilizio o dimostri di essersi attivato con tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento per impedire l'abuso, il proprietario non subisce l'effetto acquisitivo e l'intervento dell'amministrazione "si riduce alla sola possibilità della demolizione del manufatto abusivo"⁵⁵.

Su questa falsariga, la giurisprudenza ha affermato che, quando il proprietario non abbia la disponibilità dell'immobile, l'acquisizione gratuita non è applicabile e, di riflesso, l'unica conseguenza dell'abuso sarà la demolizione d'ufficio: sarà tuttavia onere del proprietario dimostrare in sede procedimentale di non aver avuto (o di aver perduto) la disponibilità dell'immobile e di essere stato, pertanto, impossibilitato ad eseguire l'ordinanza di demolizione⁵⁶. Nella medesima logica si è sostenuto inoltre che l'omessa notifica al proprietario dell'immobile dell'ordinanza di demolizione costituisce una mera irregolarità (come tale ini-

donea a determinare l'illegittimità della stessa); tuttavia tale omissione determina l'impossibilità per la pubblica amministrazione di acquisire la proprietà perché fa venire meno la volontarietà dell'inottemperanza all'ordine di demolizione (requisito indefettibile per procedere all'acquisizione)⁵⁷. È stata infine ritenuta illegittima l'acquisizione a titolo gratuito al patrimonio comunale disposta in pregiudizio degli eredi dell'autore dell'illecito poiché l'ordinanza di demolizione era stata notificata esclusivamente al dante causa prima del decesso; del resto, "l'acquisizione della proprietà *mortis causa* non comporta i doveri d'informazione e le responsabilità che caratterizzano il passaggio della cosa per atto *inter vivos* (né il provvedimento di demolizione è soggetto a qualche forma di pubblicità)"⁵⁸; a diversa conclusione si perviene se invece, a norma dell'art. 31, 4° comma, D.P.R. n. 380/2001, l'amministrazione abbia provveduto, prima della morte del dante causa, alla trascrizione nei registri immobiliari del provvedimento di acquisizione del bene al proprio patrimonio.

Senonché, nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabile l'effetto acquisitivo poiché il proprietario, sebbene avesse dichiarato di essere estraneo al compimento dell'illecito, aveva presentato – congiuntamente al responsabile dell'abuso – due domande di sanatoria⁵⁹: il comportamento in concreto assunto non soltanto esclude in radice l'estraneità rispetto all'attività illecita posta in essere dall'autore materiale dell'abuso, ma dimostra che il proprietario aveva in qualche misura "fatto propria" l'attività illecita altrui.

Osservazioni sul quadro normativo-giurisprudenziale

Pur nella sinteticità delle argomentazioni utilizzate, la sentenza del Consiglio di Stato offre molteplici spunti di riflessione.

Vi è innanzitutto da chiedersi se non sia proprio la figura del proprietario "incolpevole" la chiave di volta per inquadrare l'acquisizione gratuita nell'alveo delle sanzioni punitive. Ed invero, accanto alla funzione tipicamente ripristinatoria propria dell'ordinanza di demolizione, che mira al ripristino della legalità urbanistica violata (applicabile, come tale, a chiunque si trovi nella disponibilità materiale della *res*), l'art. 31, D.P.R. n. 380/2001 prevede un illecito di "secondo

⁵⁰ Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. II, 29 giugno 2016, n. 677.

⁵¹ Cfr. T.A.R. Campania, Sez. VIII, 1 settembre 2016, n. 4141.

⁵² Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1951.

⁵³ P. Falcone, *L'edilizia*, in *Tratt. Dir. Amm.*, II ed., a cura di Cassese, III, Milano, 2003, 3439 e segg.

⁵⁴ Cfr. S. Bini, *Abusi edilizi realizzati da terzi: il proprietario può rimanere totalmente estraneo?*, in *Urb. e Appalti*, 2011, XII, 1483 e segg.

⁵⁵ Corte cost., 345/1991 cit.

⁵⁶ Cfr. T.A.R. Molise, Sez. I, 19 luglio 2016, n. 306.

⁵⁷ Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. II, 14 gennaio 2016, n. 76; Id., Calabria, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 29. Quanto alla mancata

notifica dell'ordinanza di demolizione ad uno dei comproprietari, cfr. T.A.R. Campania, Sez. III, 27 giugno 2017, n. 3501; Id., Sez. VI, 21 giugno 2017, n. 3377.

⁵⁸ Cons. di Stato, Sez. VI, 15 aprile 2015, n. 1927, con commento di G. Mari, *L'acquisizione di diritto ex art. 31 t.u. edilizia nei confronti dell'attuale proprietario del bene erede del responsabile dell'abuso*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2015, III, 419 e segg.

⁵⁹ Per un approfondimento sulle conseguenze processuali derivanti dal rapporto fra l'ordinanza di demolizione e il procedimento di sanatoria, cfr. S. Vaccari, *Ordinanza di demolizione e procedimento di sanatoria: alcuni risvolti di ordine processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, III, 1158 e segg.

grado” – insito nell’inottemperanza all’ordine di demolizione – che implica una condotta omissiva del responsabile dell’abuso e del proprietario non estraneo all’illecito. Sul punto, già nel 1991 la Corte costituzionale ha affermato che l’acquisizione dell’area è “ispirata dall’intento di costringere il responsabile dell’abuso (e, oggi, anche il proprietario) ad eseguire egli stesso la demolizione nel termine stabilito dall’ingiunzione”⁶⁰: se la finalità è di prevenzione generale e speciale, all’acquisizione gratuita dovrebbe essere riconosciuta, differentemente dall’ordine di demolizione, natura afflittiva.

In questa logica, la Corte europea ha riconosciuto all’acquisizione delle aree soggette a lottizzazione abusiva⁶¹ ex art. 30, 8° comma, D.P.R. n. 380/2001 natura di “sanzione penale” ai sensi della Cedu⁶²; inoltre, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabili i principi elaborati dalla Corte europea – dettati in relazione alla confisca urbanistica ex art. 44 D.P.R. n. 380/2001 – anche alla confisca comminata dalla pubblica amministrazione: infatti, l’art. 30, 8° comma, D.P.R. n. 380/2001 – nel prevedere l’acquisizione del bene al patrimonio del Comune – introduce una misura sanzionatoria equiparata alla confisca e, pertanto, “valgono le medesime regole, elaborate in ambito europeo, con applicazione del regime delle sanzioni penali anche in punto di sussistenza dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa”⁶³.

La natura sanzionatoria dell’acquisizione gratuita porta con sé un’ulteriore implicazione. Nel 2014 l’art. 31, D.P.R. n. 380/2001 è stato integrato con l’aggiunta dei commi 4° bis, 4° ter e 4° quater⁶⁴: tali disposizioni prevedono il pagamento di una sanzione pecuniaria per il caso dell’inottemperanza all’ordine di demolizione; il legislatore ha quindi introdotto una duplicazione di sanzioni (acquisizione gratuita e pagamento di una sanzione pecuniaria variabile da euro 2.000 ad euro 20.000) in relazione alla medesima condotta. Tale innovazione legislativa è finalizzata a rafforzare l’effettività delle ordinanze di demolizione⁶⁵; tuttavia comporta il rischio che il procedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria e il procedimento acquisitivo – pur riguardanti il medesimo fatto – si

instaurino in momenti differenti o comunque non siano coordinati fra loro. Di conseguenza, potrebbe non esservi omogeneità nell’accertamento degli elementi costitutivi dell’illecito (in ragione dell’eventuale diversa acquisizione e valutazione delle risultanze istruttorie) e, dunque, la stessa condotta potrebbe risultare lecita all’esito di un procedimento e illecita all’esito dell’altro.

A questa stregua, quantunque il principio del *ne bis in idem* non possa di per sé ritenersi violato in ragione dell’applicazione di una duplice sanzione per la medesima violazione, una volta che l’acquisizione gratuita e la sanzione pecuniaria siano concepite come due modulazioni della risposta sanzionatoria potrebbe porsi il problema di una duplicazione del procedimento sanzionatorio e, di riflesso, potrebbe configurarsi un potenziale contrasto fra i relativi esiti. E ciò verosimilmente integrerebbe una violazione del divieto di *bis in idem*. Del resto, come affermato dalla Corte costituzionale, il divieto di *bis in idem* permette agli Stati aderenti alla Cedu di “punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all’altro”⁶⁶.

Dall’acquisizione gratuita dell’area interessata dall’illecito discende un’ulteriore riflessione: vi è da chiedersi se l’introduzione dell’art. 31, 2° comma, D.P.R. n. 380/2001 (il quale, giova rammentarlo, prevede espressamente che l’ordinanza di demolizione debba contenere la determinazione dell’opera e dell’area che verranno eventualmente acquisite al patrimonio della pubblica amministrazione) ha davvero comportato il venir meno dell’incertezza circa la natura del provvedimento di accertamento dell’inottemperanza.

Una parte della giurisprudenza non ritiene necessaria l’esatta indicazione nell’ordinanza di demolizione dell’area che, in caso di inerzia del privato, verrà acquisita di diritto al patrimonio della pubblica amministrazione, sul presupposto che detta specificazione sarà contenuta nei provvedimenti successivi⁶⁷. A tale proposito, frequentemente gli enti territoriali differi-

⁶⁰ Corte cost., 345/1991 cit.

⁶¹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, ric. n. 75909/01, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*.

⁶² La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. Sono stati individuati tre criteri (non cumulativi), costituiti: dalla qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, con la specificazione della non vincolatività qualora si accertasse la valenza “intrinsecamente penale” della misura; dalla natura dell’illecito, desunta dall’ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; dalla severità della pena prevista. Cfr. Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/1971, *Engel e altri c. Paesi Bassi* e Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/1979, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*.

⁶³ Cons. di Stato, Sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400.

⁶⁴ Cfr. L. 11 novembre 2014, n. 164, di conversione del D.L. 12

settembre 2014, n. 133.

⁶⁵ Cfr. E. Boscolo, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 17 del decreto “sblocca Italia”*, in *Urb. e Appalti*, 2015, I, 26 e segg.

⁶⁶ Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102.

⁶⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 15 novembre 2016, n. 1163; Cons. di Stato, Sez. V, 5 gennaio 2015, n. 13; Id., 7 luglio 2014, n. 3438; T.A.R. Campania, 4122/2017 cit., Id., Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3570; Id., 6 marzo 2017, n. 1303; Id., Sez. VII, 5 gennaio 2017, n. 105; Id., Lombardia, Sez. II, 6 febbraio 2017, n. 299. Cfr., altresì, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 1351 (che si richiama a T.A.R. Piemonte, Sez. II, 25 gennaio 2013, n. 107), secondo cui l’indicazione dell’area da acquisire deve essere disposta “prima dell’atto di acquisizione gratuita, e quindi con l’atto di avvio del relativo procedimento, in modo tale da consentire all’interessato di esercitare le facoltà di controllo e di valutazione dei costi-benefici che la legge gli attribuisce. In caso contrario è evidente,

scono l'identificazione dell'area al successivo atto di accertamento dell'inottemperanza o all'atto di acquisizione (peraltro non espressamente previsto dalla legge): l'acquisizione gratuita potrebbe assumere pertanto un contenuto discrezionale ed una efficacia costitutiva⁶⁸; da questo punto di vista il differimento dell'obbligo di identificazione dell'area da acquisire al momento dell'accertamento dell'inottemperanza sembrerebbe confliggere con l'affermata natura meramente dichiarativa che, secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, connota l'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione⁶⁹.

A ciò si aggiunga che, non di rado – anche nei provvedimenti successivi all'ordinanza di demolizione – l'amministrazione omette di individuare con precisione i confini della superficie da acquisire: si allude, oltre che all'area di sedime, all'ulteriore area pertinenziale. Benché la lettera della legge⁷⁰ si limiti a prevedere che l'area passibile di acquisizione non debba superare il limite massimo di dieci volte la superficie occupata dalla *res* abusiva, ciò non significa che l'amministrazione possa sottacere l'indicazione di tale area: pur costituendo *ius receptum* che – in assenza

di ragioni che ne giustifichino l'estensione ad una superficie più ampia – l'acquisizione gratuita debba essere limitata all'immobile abusivo e alla relativa area di sedime cionondimeno, qualora il trasferimento ricomprenda anche l'area pertinenziale, l'amministrazione ha l'onere di precisare puntualmente le ulteriori superfici così acquisibili⁷¹. A tale stregua, l'omessa (o l'inesatta) indicazione della superficie da acquisire negli atti successivi all'ordinanza di demolizione sembrerebbe comportare l'impossibilità per l'amministrazione di estendere l'effetto traslativo oltre l'area di sedime⁷²; del resto, il privato non può essere lasciato nell'incertezza circa la superficie oggetto di acquisizione e, al contempo, deve essere posto in condizione di poter verificare il rispetto dei limiti dimensionali di cui all'art. 31, 3° comma, D.P.R. n. 380/2001.

L'acquisizione gratuita dell'area necessaria “alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive” discende, infatti, da una determinazione della pubblica amministrazione relativa all'utilizzo di una *res* ulteriore rispetto a quella illecitamente costruita e consegue, pertanto, ad una valutazione circa l'esatta delimitazione dei confini della superficie da acquisire con l'esplicitazione delle ragioni giustificative sottostanti⁷³.

Ordinamento forense

TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 9 gennaio 2018, n. 150 – Pres. Stanizzi – Est. Andolfi – Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli e Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma (avv.ti Biamonte, Veniero e Tedeschini) c. Agenzia delle Entrate-Riscossione (avv.ti Pollice e Travi).

Professioni – Avvocati – Regolamento adottato da un ente pubblico – Per la costituzione di un elenco di avvocati (c.d. “short list”) cui affidare gli incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio – Legittimità

Non lede i principi di concorrenza, imparzialità, parità di trattamento e massima partecipazione né le garanzie di indipendenza ed autonomia degli avvocati il provve-

dimento adottato da un Ente pubblico (nella specie si trattava di Equitalia, alla quale è subentrata l'Agenzia delle Entrate-Riscossione) per la costituzione di un elenco di avvocati (c.d. “short list”) funzionale all'affidamento di incarichi di difesa in giudizio, a condizione che l'effetto restrittivo derivante dalla previsione di una limitazione temporale alla presentazione delle domande sia temperato, come di fatto è accaduto, dalla riduzione del termine di validità dell'iscrizione (un anno), in modo da rendere più frequenti le finestre temporali entro le quali i soggetti interessati possono iscriversi nell'elenco.

Professioni – Avvocati – Regolamento adottato da

infatti, che la funzione dell'indicazione preventiva di cui all'art. 31, comma 2 verrebbe ad essere totalmente vanificata”.

⁶⁸ Secondo F. Saitta, *Acquisizione gratuita delle opere abusive e tutela del proprietario*, cit., 321, la natura costitutiva del provvedimento di acquisizione gratuita dell'immobile abusivo deriva altresì dalla circostanza che, con esso, l'amministrazione accerta in concreto l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione e verifica la volontarietà di tale comportamento inadempiente.

⁶⁹ Cfr. in tal senso, in modo esplicito, T.A.R. Lazio (Latina), Sez. I, 9 febbraio 2017, n. 79, secondo cui, qualora l'ordine di demolizione si limiti ad indicare l'opera da demolire, “l'accertamento dell'area (o meglio della maggiore area) da acquisire dovrà essere eseguito successivamente e/o contestualmente all'ordinanza di acquisizione al patrimonio comunale [...]”; in questo caso e, va aggiunto, a tali limitati fini, l'atto di acquisizione avrà natura di provvedimento, [...] residuando pertanto sotto tale profilo un accertamento valutativo tale da precludere la configurazione del provvedimento acquisitivo come atto meramente ricognitivo e

dichiarativo (e in quanto tale privo di autonomi profili di lesività)”.
⁷⁰ L'art. 31, 3° comma, D.P.R. n. 380/2001 prevede che “[...] il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita”.

⁷¹ Cfr. T.A.R. Campania, Sez. III, 7 luglio 2017, n. 5212; Id., 3 luglio 2017, n. 3572; Id., Piemonte, 1351/2016 cit.; Id., Sicilia, Sez. II, 10 aprile 2015, n. 866; Id., Campania, Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 230.

⁷² Cfr. T.A.R. Campania, 5212/2017 cit.

⁷³ Cfr. T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. I, 20 settembre 2016, n. 2268; Id., 9 luglio 2015, n. 1182; Id., 23 aprile 2015, n. 1118; Id., Sicilia, 866/2015 cit.; Id., Campania, 230/2015 cit.

un ente pubblico – Previsione di compensi ridotti rispetto ai parametri stabiliti dal D.M. n. 55/2014 e di un tetto massimo ai compensi riconoscibili agli avvocati iscritti nella “short list” – Legittimità

Non è lesiva del decoro della professione di avvocato né dei principi di concorrenza e ragionevolezza la previsione di compensi commisurati al 60% delle tariffe definite dal D.M. n. 55/2014 e di tetti massimi ai compensi elargibili agli avvocati iscritti nella “short list”, poiché,

per effetto del superamento del sistema tariffario, nel nostro ordinamento i compensi delle attività forensi sono demandati ad accordi fra le parti. Pertanto le tabelle allegate al D.M. n. 55/2014 non possono essere elevate a parametro di legittimità dei compensi contrattualmente stabiliti.

Per il testo della sentenza v. www.giustizia-amministrativa.it.

Condizioni per la costituzione di elenchi chiusi di avvocati e disciplina delle tariffe per le attività forensi, secondo la giurisprudenza amministrativa

Federico Gaffuri*

Nella sentenza del Tar Lazio 9 gennaio 2018, n. 150 sono due le principali questioni esaminate: la prima concerne la legittimità di un provvedimento amministrativo con il quale un'Autorità pubblica ha istituito un elenco chiuso di avvocati, da cui attingere per l'affidamento di incarichi legali. Nel caso di specie, il Giudice adito ha riconosciuto la conformità a legge di tale provvedimento, in virtù del fatto che l'elenco chiuso predisposto ha una durata predeterminata in un anno. La seconda questione riguarda la legittimità della previsione, contenuta nel medesimo provvedimento istitutivo della *short list*, di compensi ridotti rispetto alle tariffe dettate dal D.M. n. 55/2014 e di tetti massimi dei compensi elargibili agli avvocati iscritti nell'elenco. Anche in questo caso l'Organo giudicante si è pronunciato in senso favorevole, rilevando che la determinazione dei compensi degli avvocati è ormai lasciata alla libera contrattazione delle parti. Nel commento si analizzano le motivazioni poste a fondamento delle due decisioni ora indicate e si indicano le ragioni per le quali si ritiene condivisibile la prima e discutibile la seconda.

I contenuti della sentenza

Con la sentenza in rassegna il TAR Lazio è stato chiamato a pronunciarsi su cinque distinti motivi d'impugnazione proposti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Napoli e di Roma. Tutti i suddetti motivi sono stati giudicati infondati dal Giudice adito.

Con il primo motivo è stata denunciata l'illegittimità del provvedimento, con il quale Equitalia ha istituito un elenco chiuso di avvocati (c.d. “*short list*”), funzionale all'affidamento di incarichi di difesa in giudizio, e del presupposto regolamento: nello specifico i suddetti atti amministrativi sono stati contestati nella parte in cui stabiliscono che le richieste di iscrizione debbano essere presentate nel termine di 60 giorni dalla pubblicazione dell'avviso e che l'elenco abbia una durata predeterminata in un anno. Tale disciplina – secondo i ricorrenti – si porrebbe in contrasto con i principi di autonomia ed indipendenza degli avvocati e si tradurrebbe, altresì, in una indebita restrizione della concorrenza, atteso che l'iscrizione all'elenco dovrebbe essere aperta e, quindi, consentita senza limitazioni temporali, in ossequio al principio di libera prestazione dei servizi professionali sancito a livello europeo.

L'Organo giudicante ha rigettato tale motivo di ricorso: nella sentenza si osserva innanzitutto che i provvedimenti impugnati, costitutivi di un elenco chiuso e limitato a chi abbia presentato la domanda di ammissione entro il termine di 60 giorni dalla pubblicazione dell'avviso, non producono, di per sé, alcu-

na lesione all'indipendenza e all'autonomia degli avvocati, garantite dall'art. 1 della L. 31 dicembre 2012, n. 247, contenente “La nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”.

Il TAR Lazio ha, inoltre, rilevato che la contestazione, secondo cui la formazione di un elenco di professionisti, con le suindicate caratteristiche, comporterebbe una arbitraria restrizione della concorrenza, non trova adeguato sostegno negli atti richiamati in punto dai stessi ricorrenti. Si sottolinea, in particolare, che la doglianza non è confortata né dal parere reso dall'Autorità anticorruzione a Equitalia sullo schema relativo all'avviso di costituzione dell'elenco impugnato né dalle Linee guida dettate dalla medesima Autorità in relazione alle “procedure per l'affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e per la formazione e gestione di elenchi di operatori economici”.

Nella motivazione della decisione si fa notare che, nel succitato parere, l'Autorità anticorruzione non si è espressa in senso sfavorevole o contrario alla predisposizione di un elenco chiuso. In tale atto consultivo la formazione di una *short list* è, in realtà, considerata ammissibile a condizione che l'effetto restrittivo derivante dalla limitazione temporale della possibilità di presentare domanda di ammissione sia contemperato, come di fatto è avvenuto, dalla riduzione del termine di validità dell'iscrizione, da portare ad un anno. In tal modo, sono rese frequenti le finestre temporali entro le quali i soggetti interessati possono accedere all'e-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

lenco e, di conseguenza, è assicurata la conformità della *short list* ai principi di concorrenza e *par condicio* tra gli operatori economici.

Con il secondo motivo, i ricorrenti hanno dedotto che, in violazione degli artt. 4 e 17 del codice dei contratti pubblici, il regolamento gravato ha stabilito compensi irrisori e lesivi del decoro della professione di avvocato, in quanto commisurati al 60% delle tariffe determinate dal D.M. n. 55/2014. Le parti agenti hanno ulteriormente lamentato che la fonte normativa di secondo grado, oggetto d'impugnazione, ha altresì prefigurato una sorta di gara tra i professionisti iscritti nell'elenco, comportante un confronto competitivo mediante offerte al ribasso su una base di partenza già irrisoria, in quanto parametrata al 60% della tariffa e, quindi, irragionevolmente compressa. Tale sistema di selezione dei professionisti cui affidare l'incarico è considerato dai ricorrenti, oltre che non rispettoso del decoro della professione forense, altresì pregiudizievole per l'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato. Nel stesso motivo è stato, inoltre, posto in rilievo che nell'atto impugnato è fissato un tetto massimo per i compensi, pari ad euro 35.000, del tutto irragionevole, giacché valido ed efficace a prescindere dal numero di giudizi affidati al medesimo avvocato ed elevabile ad euro 45.000 solo per il caso in cui l'avvocato abbia dato la disponibilità a patrocinare in tutti i tribunali del circondario.

Anche le surriferite contestazioni sono state ritenute infondate dal Giudice adito: quest'ultimo ha in primo luogo argomentato che, per effetto del superamento del sistema tariffario, nel nostro ordinamento la determinazione dei compensi per le attività forensi è attualmente demandata alla libera contrattazione delle parti. Se ne è inferito, dunque, che le tabelle allegate al D.M. n. 55/2014 non possono assurgere a parametro di legittimità dei compensi definiti in via negoziale. Si è poi messo in evidenza che gli importi indicati nel predetto decreto ministeriale sono stati comunque assunti come parametro di riferimento nel regolamento gravato: ivi si dispone, infatti, che i compensi elargibili agli avvocati iscritti nell'elenco sono stabiliti sulla base delle tabelle ministeriali, con possibilità non solo di un riduzione sino al 60% dell'importo indicato in dette tabelle, ma anche di un incremento nella misura non superiore al 20%.

Nella sentenza si osserva, inoltre, che il regolamento impugnato contempla, in realtà, un sistema complesso per la quantificazione dei compensi: infatti, il regolamento, di cui si discute, distingue gli incarichi relativi al contenzioso sulla riscossione, per i quali è prescritto un compenso fisso, e gli incarichi di difesa in giudizio riguardanti altre materie, per i quali sono invece dettati criteri variabili per la determinazione dell'onorario che tengono conto del valore della lite, del grado di complessità della causa e dell'importanza dell'opera.

Un simile sistema di predeterminazione delle tariffe – ad avviso del TAR Lazio – non risulta in contrasto con alcuna legge, né appare palesemente illogico, dato

che è legato a criteri oggettivi, quali, per l'appunto, il valore della lite ed il grado di complessità della controversia.

Il predetto Organo della giustizia amministrativa ha poi escluso la fondatezza della censura articolata dai ricorrenti in cui gli stessi lamentano la contrarietà del confronto competitivo mediante offerte al ribasso, previsto da regolamento gravato, alla disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici. Due sono le ragioni addotte dal Giudice a sostegno della decisione: da una parte, si sottolinea che l'invocato codice dei contratti pubblici non prescrive specifiche modalità per l'affidamento dei servizi legali; dall'altro, si segnala che il regolamento impugnato non configura, in realtà, alcuna procedura competitiva al ribasso, limitandosi a prestabilire un criterio di scelta del professionista cui affidare il singolo mandato. Solo per il caso di incarichi particolarmente complessi ed importanti il regolamento, di cui si tratta, prevede un interpellato fra tre avvocati iscritti nell'elenco, con acquisizione e comparazione dei rispettivi preventivi.

Con il terzo motivo d'impugnazione, i ricorrenti hanno denunciato l'illegittimità degli atti impugnati per violazione degli artt. 4 del D.Lgs. n. 50/2016 e 1, 2° comma, lett. d), L. n. 247/2012, in quanto taluni criteri di ammissione all'elenco, stabiliti da Equitalia, sarebbero sproporzionati e tali da impedire l'accesso ai giovani professionisti. Sotto questo profilo, sono contestate le disposizioni del regolamento impugnato che prescrivono, ai fini dell'iscrizione nell'albo, un fatturato minimo, un fatturato specifico, un numero minimo di questioni trattate ed una struttura organizzativa che comprenda la collaborazione di almeno due avvocati e l'ausilio di una segreteria stabile.

Anche quest'ultimo motivo non è stato accolto: secondo il TAR Lazio, infatti, il regolamento impugnato, nella parte in cui impone, ai fini dell'iscrizione alla lista, il raggiungimento e la dimostrazione di determinato volume d'affari, non ha introdotto un criterio di selezione discriminatorio, illogico o distorsivo della concorrenza, poiché il volume d'affari di un avvocato è un dato riconducibile all'attività professionale esercitata ed è indicativo dell'esperienza maturata dall'avvocato. Il medesimo requisito non è stato considerato neppure eccessivamente restrittivo, tenuto conto del fatto che, nell'atto istitutivo dell'elenco, si richiede un volume d'affari complessivo pari a Euro 100.000 nel triennio, corrispondente ad un fatturato annuo di circa Euro 33.000. Per il Giudice adito, la soglia da ultimo indicata, discrezionalmente definita dall'amministrazione, non risulta sproporzionata rispetto ai compensi mediamente percepiti dagli avvocati di "normale professionalità".

Quanto al requisito organizzativo, rappresentato dall'esistenza di una struttura comprendente almeno altri due avvocati e il supporto di una segreteria, il Tribunale amministrativo capitolino ha rilevato che esso appare giustificato ed adeguato alle esigenze funzionali dell'amministrazione promotrice della *short*

list, posto che quest'ultima deve poter contare su un servizio legale costantemente disponibile ed operativo, pena l'impossibilità di gestire efficacemente il contenzioso che la riguarda.

Con il quarto motivo, i ricorrenti hanno censurato, in modo specifico, la disposizione del regolamento impugnato che fissa un tetto massimo (pari a Euro 35.000) ai compensi riconoscibili al singolo professionista iscritto nell'elenco: ad avviso dei ricorrenti, tale disposizione si porrebbe in contrasto con l'art. 36 della Costituzione e sarebbe inficiata da irragionevolezza, dal momento che il tetto ai compensi ivi contemplato trova applicazione indipendentemente dal numero e dalla complessità degli incarichi affidati. Per gli Ordini degli avvocati di Roma e Napoli si tratterebbe, in sostanza, di un "sistema perverso", dato che ad un numero indeterminato di servizi richiesti corrisponderebbe un compenso prestabilito e svincolato da ogni valutazione in ordine alla qualità e alla quantità del lavoro svolto.

Anche tale motivo di ricorso è stato rigettato: al riguardo l'Organo decidente ha sottolineato innanzitutto che il tetto ai compensi, contestato dai ricorrenti, non è previsto per ogni tipologia di contenzioso, ma solo per il contenzioso relativo alla riscossione. Secondo il Giudice, non è vero poi che tale limite massimo ai compensi prescinde completamente dalla considerazione del numero e della rilevanza degli affari assegnati al singolo avvocato. In realtà – si fa notare – il regolamento gravato detta la regola, di cui si discute, prefigurando un contenzioso seriale, nel quale il compenso è comunque commisurato, in linea di principio, al valore della pratica e alla natura dell'attività richiesta, fermo restando il tetto massimo di Euro 35.000, superato il quale il contenzioso residuo dovrà essere affidato ad altro professionista iscritto nell'elenco.

Con il quinto ed ultimo motivo, gli Ordini professionali ricorrenti hanno denunciato il contrasto degli atti impugnati con l'art. 1 del D.L. n. 193/2016, convertito in L. n. 225/2016: con tale norma sono stati disposti lo scioglimento delle società del gruppo Equitalia a decorrere 1° luglio 2017, ad esclusione di Equitalia Giustizia S.p.a., e la contestuale istituzione di un ente pubblico economico denominato Agenzia delle Entrate-Riscossione, che subentra, a titolo universale, nei rapporti giuridici attivi e passivi delle società facenti parte del gruppo Equitalia. I ricorrenti sostengono che Equitalia, avendo provveduto a costituire l'elenco degli avvocati ammessi a rappresentare giudizialmente l'Ente, in data 27 giugno 2017, avrebbe violato il principio di proporzionalità, posto che detto elenco avrebbe dovuto soddisfare le esigenze difensive di un gruppo che si sarebbe sciolto dopo solo tre giorni. Sotto altro profilo è stato dedotto che l'istituzione, da parte di Equitalia, di siffatto elenco, avente validità a decorrere dal 1° luglio 2017, sarebbe lesiva della sfera di autonomia assegnata alla neocostituita Agenzia delle Entrate-Riscossione dato che quest'ulti-

mo nuovo soggetto, per legge e per statuto, è autorizzato ad avvalersi, a sua discrezione, del patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato o, in alternativa, di avvocati del libero foro.

Anche quest'ultimo motivo è stato respinto: per l'Organo giurisdizionale adito la decisione, assunta da Equitalia, di definire prima della sua estinzione le modalità di espletamento dei servizi legali in favore del soggetto destinato a succedere ad essa non è di per sé illegittima, né sintomatica di un uso arbitrario o sproporzionato del potere esercitato. La determinazione, adottata, nel caso di specie, da Equitalia, è ritenuta dal TAR Lazio ragionevole e sorretta da fondate esigenze di buona amministrazione, in quanto attiene a servizi e funzioni pubbliche di assoluta delicatezza ed è finalizzata a rendere più agevole il subentro del nuovo soggetto pubblico.

Osservazioni

Nella sentenza sopra compendiata sono due le questioni principali sottoposte allo scrutinio del Giudice: la prima riguarda la legittimità del provvedimento, con la quale un ente pubblico – nello specifico si trattava di Equitalia – ha istituito un elenco chiuso di avvocati, da cui attingere per l'affidamento di incarichi di assistenza e difesa legale; la seconda attiene all'ammissibilità della previsione – contenuta nell'atto costitutivo della *short list* – di compensi forfettari, inferiori ai parametri indicati nella tabella allegata al D.M. n. 55/2014, e di tetti massimi agli onorari riconoscibili ai professionisti, che abbiano assolto ad uno o più mandati.

In merito alla prima questione, la decisione del Giudice adito, favorevole alla realizzazione dell'elenco, è ben argomentata e condivisibile.

Invero, l'attribuzione di una efficacia temporalmente circoscritta alla *short list* predisposta – nello specifico è stato stabilito che la lista rimanga chiusa per un anno – è certamente una misura idonea e sufficiente a rendere l'elenco realizzato compatibile con i principi di concorrenza e *par condicio* tra gli operatori economici intenzionati ad avviare rapporti professionali con Equitalia. La riapertura, ogni anno, dei termini per la presentazione delle domande consente, infatti, una revisione continua e frequente della *short list* e garantisce a tutti gli interessati la possibilità di partecipare periodicamente alla selezione degli avvocati utilizzabili dall'Ente gestore dell'elenco.

Un simile sistema di accesso alla *short list* non solo non comporta restrizioni significative della concorrenza né discriminazioni arbitrarie tra professionisti, ma risulta, altresì, conforme ai principi fondamentali dell'attività amministrativa, quali l'imparzialità, la trasparenza, la proporzionalità e la pubblicità.

D'altro canto, vi sono oggettive e concrete esigenze organizzative dell'Ente selezionatore che giustificano la previsione di limiti temporali per l'iscrizione all'elenco. Come ha giustamente rilevato il TAR Lazio

nella sentenza in esame, la fissazione di termini perentori per la presentazione delle domande permette all'Agenda delle Entrate-Riscossione di sapere in qualsiasi momento e con certezza, di quali professionisti potrà avvalersi per tutelare e difendere le proprie ragioni in giudizio. Appare evidente che la gestione del contenzioso risulterebbe meno agevole per la suddetta Agenzia, qualora fosse predisposta una *short list* aperta, senza limitazioni temporali all'accesso. In questo caso, infatti, la sottoposizione dell'albo a continui aggiornamenti determinerebbe, per l'amministrazione, inevitabili difficoltà, nell'individuazione del singolo professionista cui assegnare gli incarichi.

In definitiva, il regime di validità annuale dell'elenco, stabilito nel caso di specie, costituisce un "giusto compromesso" in grado di contemperare i diritti, anche di rilevanza costituzionale, riconosciuti agli operatori economici con gli altrettanto primari doveri di efficienza e buon andamento della p.a., sanciti dall'art. 97 Cost. e dalla L. n. 241/1990.

La linea interpretativa ora descritta è, del resto, pienamente avallata dal parere che l'Autorità anticorruzione ha reso a Equitalia in merito allo schema del regolamento istitutivo dell'elenco. L'orientamento qui accolto non collide, inoltre, con le regole generali dettate dalla medesima Autorità nelle Linee guida n. 4 (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 26 ottobre 2016, n. 1097,) in relazione alle "procedure per l'affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e per la formazione e gestione di elenchi di operatori economici".

Sotto altro profilo, non appaiono fondati i sospetti – prospettati dagli Ordini forensi che hanno proposto il ricorso rigettato dal TAR Lazio nella sentenza in commento – di incompatibilità del sistema, prefigurato da Equitalia, per la selezione degli avvocati di fiducia con le garanzie di indipendenza e l'autonomia, richieste dal già citato art. 1, 1° comma, lett. b), L. n. 247/2012, recante la "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense". Non sembra inverosimile che le specifiche modalità di formazione dell'elenco prescritte nella fattispecie possano compromettere, anche solo potenzialmente, le garanzie poc'anzi evocate, costituenti indispensabili presidi posti a tutela dei diritti di difesa assicurati al cittadino dall'art. 24 Cost.

Non altrettanto convincente è la posizione assunta dal TAR Lazio in merito alla seconda questione esaminata, concernente la legittimità delle disposizioni, contenute nel regolamento impugnato, che stabiliscono compensi forfettari, inferiori ai parametri definiti dal D.M. n. 55/2014, e tetti massimi agli onorari degli avvocati.

Si ricorda che il Tribunale amministrativo capitolino non ha ravvisato alcun contrasto delle suddette disposizioni con le norme e i principi valevoli in materia:

nelle motivazioni della decisione l'Organo giurisdizionale ora menzionato ha rilevato preliminarmente che, nel nostro ordinamento, è stato eliminato il sistema tariffario. Ne ha, quindi, dedotto che attualmente i compensi per le attività forensi sono lasciati all'autonoma determinazione delle parti interessate; per queste ragioni le tariffe fissate dal D.M. n. 55/2014 non possono rappresentare un "parametro di legittimità dei compensi contrattualmente stabiliti", ma, al più ed eventualmente, un mero "parametro di riferimento", privo di valore cogente.

Seguendo il suesposto percorso argomentativo, il predetto Giudice è giunto ad affermare la piena legittimità delle regole, dettate da Equitalia, che prevedono compensi forfettari, commisurati al 60% delle tariffe fissate dal Ministero della Giustizia. Secondo il TAR Lazio, infatti, "tale sistema di predeterminazione...dei compensi non risulta adottato in violazione di alcuna legge".

Queste ultime affermazioni giudiziali appaiono quantomeno opinabili, soprattutto alle luce delle più recenti evoluzioni normative.

Si deve innanzitutto ricordare che l'art. 19 *quaterdecies*, 1° comma, D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito nella L. 4 dicembre 2017, n. 172, ha aggiunto al testo della citata L. n. 247/2012, l'art. 13 *bis*. Quest'ultima precetto – rubricato "Equo compenso e clausole vessatorie" – prescrive che deve essere "considerato equo il compenso determinato nelle convenzioni" che disciplinano l'attività prestata dagli avvocati in favore di imprese¹, "quando risulta proporzionato alla quantità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento, di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6" (ovvero al D.M. n. 55/2014).

Giova segnalare che la versione originaria della norma ora riportata (introdotta, come si è detto, dall'art. 19-*quaterdecies*, 1° comma, D.L. n. 148/2017) prevedeva, più genericamente e blandamente, che "si considera equo il compenso determinato...tenuto conto dei parametri" delineati dal D.M. n. 55/2014. La stessa norma, però, è stato oggetto di revisione – ad opera dall'art. 1, 487° comma, lett. a), L. 27 dicembre 2017, n. 205 – ed oggi, come già sottolineato, statuisce in modo più netto ed incisivo che "si considera equo il compenso...conforme ai parametri" dettati del predetto decreto ministeriale.

Dunque, contrariamente a quanto sostenuto dal TAR Lazio nella pronuncia in questione, le tariffe indicate nell'apposito decreto ministeriale non sono o, perlomeno, non sono più, a seguito dell'intervento legislativo da ultimo richiamato, dei semplici indici o criteri aventi valore "orientativo", utili per verificare la conformità del compenso pattuito all'art. 2233, 2°

¹ Più esattamente, l'art. 13 *bis* della L. n. 247/2012 prevede che la disciplina relativa all'equo compenso, in essa contenuta, si applica alle convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento dell'attività

legale prestata "in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nella categoria delle microimprese o delle piccole o medie imprese".

comma, c.c.². Tali tariffe sono diventate, in virtù della modifica apportata all'art. 13 *bis*, L. n. 247/2012, dalla L. n. 205/2017, veri e propri parametri vincolanti, cui le parti (ed il giudice, in caso di lite) si devono attenere per definire l'onorario spettante all'avvocato.

In sostanza, la più recente disciplina riguardante l'equo compenso, pur non ripristinando *sic e simpliciter* l'intangibilità dei minimi tariffari stabiliti dalla legge, ha comunque (re)introdotta in materia limiti puntuali e tendenzialmente inderogabili all'autonomia contrattuale delle parti e al potere discrezionale del giudice di determinare il giusto compenso.

Occorre aggiungere che il menzionato art. 19 *quaterdecies*, 1° comma, D.L. n. 148/2017, riprodotto nella legge di conversione n. 172/2017, ha, altresì, stabilito che i principi relativi all'equo compenso, enunciati dall'art. 13 *bis* della L. n. 247/2012, valgono anche per le pubbliche amministrazioni³.

È pur vero che il nuovo regime relativo all'equo compenso degli avvocati, introdotto dal D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, è entrato in vigore dopo la proposizione del ricorso su cui si è pronunciato il TAR Lazio con la decisione qui analizzata (in particolare, l'ultima riforma apportata all'art. 13 *bis* della L. n. 247/2012 dalla legge di bilancio per l'anno finanziario 2018, è entrata in vigore il primo gennaio 2018)⁴.

È tuttavia altrettanto vero che, per orientamento giurisprudenziale consolidato, lo *jus superveniens*, produttivo di effetti sostanziali o processuali sul rapporto controverso, può e deve trovare attuazione nel giudizio in corso, soprattutto qualora la modifica normativa sia sopraggiunta prima che si sia formata la sentenza di primo grado, come è accaduto nella fattispecie⁵.

Pertanto, nella pronuncia in esame l'Organo giudicante avrebbe dovuto tener conto degli sviluppi normativi prima descritti e, per l'effetto, dichiarare illegittime le disposizioni impugnate che prevedevano compensi commisurati al 60% delle tariffe indicate dal D.M. n. 55/2014 e tetti ai compensi non conformi ai criteri fissati dal medesimo decreto ministeriale.

In ogni caso, anche nell'ipotesi qui denegata in cui non fosse invocabile, nella fattispecie, l'applicazione del sopravvenuto art. 13 *bis* della L. n. 247/2012, la presa di posizione assunta sul punto dal TAR Lazio desterebbe comunque perplessità e critiche.

Infatti, anche accedendo alla tesi espressa dal predetto tribunale amministrativo di primo grado, secondo la quale le tariffe definite dal Ministero della giustizia costituiscono meri "parametri di riferimento", risulterebbe difficile sostenere che la determinazione di un compenso forfettario commisurato al 60% della tariffa ministeriale sia equa, adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione, ai sensi dell'art. 2233 c.c.

Certamente, dopo l'introduzione delle ultime modifiche all'art. 13 *bis* della L. n. 247/2012, dovrà essere modificato, almeno in relazione alla categoria professionale degli avvocati⁶, l'indirizzo giurisprudenziale – cui si ascrive anche il pronunciamento qui considerato – propenso a riconoscere la legittimità di compensi anche significativamente inferiori rispetto ai parametri forniti dagli ordini professionali o dettati dalla legge o da atti amministrativi ed incline ad ammettere persino la possibilità, per gli enti pubblici, di richiedere prestazioni professionali a titolo gratuito⁷.

Si auspica naturalmente che, quanto prima, il legislatore provveda ad estendere la nuova disciplina re-

² Si ricorda che la norma del codice civile ora menzionata, riguardante le "professioni intellettuali", prescrive che "In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione".

³ La disposizione richiamata nel testo prevede, infatti, al 3° comma, che "La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

⁴ Si rammenta che, per G. Chioyenda, *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, V, 35, "la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale".

⁵ Sul punto si veda Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 379, in *Foro It.*, 2008, I, 733; Id., Sez. I, 9 maggio 2000, n. 5855, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 962; Id., 18 agosto 2004, n. 16081, *ivi*, 2004, 7-8; Id., Sez. III, 7 marzo 2014, n. 5420, in *Giuda Dir.*, 2014, 23, 86; Id., Sez. VI, 8 gennaio 2015, n. 85, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015, 6-7; In dottrina si veda S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 502; R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 147; Id., *Lo "ius superveniens" nel corso del processo si deve applicare immediatamente anche se interviene tra la deliberazione e la pubblicazione della sentenza*, in *Foro It.*, 1998, I, 1078 e segg. La tesi che afferma l'immediata e doverosa applicazione dello *ius superveniens* ai giudizi in corso appare

a chi scrive sicuramente condivisibile: il giudice infatti, in base al principio *iura novit curia*, non è vincolato all'iniziativa di parte nell'attività di individuazione delle norme applicabili alla fattispecie sottoposta al suo scrutinio e, quindi, è legittimato a cercare e selezionare le norme rilevanti, ai fini della decisione della causa, sino all'ultimo momento utile, ovvero sino al momento dell'emissione della sentenza.

⁶ Riguardo all'affidamento di incarichi professionali esterni da parte della pubblica amministrazione si veda, in dottrina, D. Immordino, *Presupposti per l'affidamento di incarichi professionali esterni*, in *www.diritto.it*; F. Mataluni, *L'affidamento degli incarichi di consulenza nelle pubbliche amministrazioni*, in *Foro Amm.*, 1, 2015, 245 e segg.; F. Tramontano, *Incarichi legali tra appalti di servizi e tertium genus*, in *www.lexitalia.it*.

⁷ In particolare il Cons. Stato, Sez. V, nella sent. 3 ottobre 2017, n. 4614, in *Foro Amm.*, 2017, 10, 2001, ha statuito, riformando sul punto la decisione n. 2435, pronunciata il 13 dicembre 2016, dal TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, che "Non è illegittimo l'affidamento di un appalto del servizio tecnico di progettazione ed elaborazione di un piano regolatore generale a titolo gratuito con il sol rimborso delle spese. Infatti, la garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto".

lativa all'equo compenso, stabilita per gli avvocati, a tutte le categorie professionali.

Del resto, la giurisprudenza europea ha da tempo chiarito che gli Stati membri possono introdurre limitazioni al principio di libera prestazione dei servizi professionali, qualora sussistano specifiche ragioni imperative di pubblico interesse che giustifichino l'emanazione di siffatti provvedimenti restrittivi⁸. In particolare, con riferimento all'attività giudiziale svolta dagli avvocati, la Corte di Giustizia ha avuto occasione di affermare che i principi di concorrenza e *par condicio* tra operatori economici, espressi dalle direttive comunitarie, non impediscono ai singoli Ordinamenti nazionali di stabilire minimi tariffari *ex lege* ed il divieto di derogare convenzionalmente ad essi, allorché, per le caratteristiche del mercato di riferimento, tale intervento autoritativo sia indispensabile per garantire la qualità delle prestazioni professionali a tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia⁹.

Indubbiamente, le attuali condizioni del mercato italiano delle professioni legali rendono necessaria l'adozione o, meglio, la reintroduzione di tali ultime misure di conformazione dei compensi. Nel settore ora preso in esame, infatti, la forte concorrenza al ribasso sull'offerta economica tra operatori e la evidente propensione dei "contraenti forti" ad imporre condizioni "capestro" agli avvocati hanno contribuito, in modo significativo, a determinare un livello qualitativo delle prestazioni professionali sempre più scadente e ad alimentare la litigiosità tra clienti ed avvocati, con conseguente grave pregiudizio per il sistema giudiziario complessivo e per i diritti di tutela e difesa assicurati al singolo cittadino dall'art. 24 Cost.

Per quanto concerne le altre questioni affrontate nella sentenza e innanzi ricordate, le posizioni assunte dal TAR Lazio appaiono motivate e corrette.

In particolare, in riferimento alle disposizioni regolamentari impugnate che prescrivono, ai fini dell'iscrizione nella *short list*, un fatturato minimo (invero, non

sproporzionato od irragionevolmente alto) ed un numero minimo di questioni trattate, l'affermazione della loro legittimità appare giustificata, in quanto i requisiti, di cui si discute, costituiscono dei parametri obiettivi che consentono di valutare l'esperienza acquisita e la continuità dell'attività esercitata dal singolo professionista. Detti parametri – è utile sottolineare – sono, tra l'altro, comunemente utilizzati dagli stessi Ordini forensi, ai fini dell'accertamento delle condizioni soggettive per l'iscrizione o la permanenza nell'albo dei praticanti avvocati o degli avvocati.

Analoghe considerazioni sono predicabili in relazione al requisito organizzativo, rappresentato dall'esistenza di una struttura comprendente almeno altri due avvocati e il supporto di una segreteria.

Come ha giustamente notato al riguardo il Giudice adito, tale ultimo requisito non risulta arbitrario od illogico, giacché è funzionalmente preordinato ad assicurare all'Ente un servizio legale costantemente disponibile ed adeguato alle proprie esigenze di gestione del contenzioso.

D'altro canto, anche la decisione, adottata da Equitalia e contestata dai ricorrenti, di istituire l'elenco chiuso di avvocati di fiducia, qui considerato, poco prima del suo scioglimento non appare, di per sé, illegittima o censurabile né tantomeno lesiva delle prerogative riconosciute *ex lege* all'Ente subentrante: sul punto ha condivisibilmente osservato il TAR Lazio nella sentenza in commento che detta determinazione trova sostegno in fondate ragioni di buona amministrazione – inerenti, nello specifico, a servizi e funzioni pubbliche di assoluta delicatezza ed importanza – ed è finalizzata a rendere più agevole il subentro del nuovo soggetto pubblico.

Quest'ultimo soggetto poi – essendo dotato di piena autonomia gestionale ed organizzativa – potrà in futuro decidere se continuare ad avvalersi dell'albo costituito o ricorrere ad altre forme di selezione dei avvocati cui affidare gli incarichi giudiziali.

⁸ Si veda, sul punto, Corte giust. UE, 5 dicembre 2006, n. 94, in *Giur. It.*, 2007, 3, 639; Id., Sez. I, 31 novembre 2017, n. 427, in *Guida Dir.*, 2018, 1, 96.

⁹ Al riguardo si rimanda alle sentenze richiamate nella nota precedente.

Diritto Penale

a cura di Francesco Palazzo

con Fabio Basile e Lucia Risicato

Colpa medica “lieve”

Cassazione penale, Sez. un., 22 febbraio 2018 (c.c. 21 dicembre 2017), n. 8770 – Pres. Canzio – Est. Vessichelli – P.G. Baldi (diff.) – Ric. M.F. (avv. Lucibello). *Dichiara inammissibile il ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello di Firenze del 7 dicembre 2015.*

Reati contro la persona – Responsabilità penale del personale sanitario – Successione di leggi penali – Perdurante rilevanza scusante della sola imperizia “lieve” – Individuazione della legge più favorevole

L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza;*
- b) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;*
- c) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) per imperizia nella individuazione o nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;*
- d) se l'evento si è verificato per colpa “grave” da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.*

Omissis. – 7. Può ora entrarsi nel merito del contrasto giurisprudenziale.

7.1. La sentenza Tarabori-De Luca ha il pregio di richiamare alla necessità di perimetrazione dell'ambito di operatività della novella, in modo da evidenziarne la notevole efficacia riduttiva rispetto al passato, pur non facendo a meno, nel prosieguo, di criticare in radice la eventualità stessa di trovarsi al cospetto di una vera e propria causa di non punibilità.

È condivisibile la prima parte del ragionamento seguito, laddove si pongono in luce gli evidenti limiti applicativi alla causa di non punibilità enunciati dall'art. 590-sexies, posto che la dipendenza di questa dal rispetto delle linee-guida adeguate allo specifico caso in esame, nell'ipotesi di responsabilità da imperizia, non consente di sfuggire alla esatta osservazione che lo speciale abbuono non può essere invocato nei casi in cui la responsabilità sia ricondotta ai diversi casi di colpa, dati dalla imprudenza e dalla negligenza; né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-

guida o da buone pratiche; né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso. Evenienza, quest'ultima, comprensiva sia dell'ipotesi in cui la scelta è stata del tutto sbagliata, sia dell'ipotesi in cui la scelta sia stata incompleta per non essersi tenuto conto di fattori di co-morbilità che avrebbero richiesto il ricorso a più linee-guida regolatrici delle diverse patologie concomitanti o comunque la visione integrata del quadro complesso, sia, infine, dell'ipotesi in cui il caso avrebbe richiesto il radicale discostarsi dalle linee-guida regolatrici del trattamento della patologia, in ragione della peculiarità dei fattori in esame.

Situazioni, quelle descritte, che danno conto dell'incompatibilità della novella con qualsiasi forma di appiattimento dell'agente su linee-guida che a prima vista possono apparire confacenti al caso di specie (e magari risultano, in rapporto al caso specifico, sbilanciate verso la tutela del generale contrasto del rischio clinico e quindi verso interessi aziendali piuttosto che verso la tutela della sicurezza della cura del singolo paziente) e conseguentemente con ipotesi di automatismo fra applicazione in tale guisa delle linee-guida ed operatività della causa di non punibilità.

Una conclusione che consente anche di escludere che il precetto in esame possa essere sospettato di tensione col principio costituzionale di libertà della scienza e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), come pure di quello dell'assoggettamento del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Ciò posto, va tuttavia osservato che la sentenza richiamata commette l'errore di non rinvenire alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità, giungendo alla frettolosa conclusione circa l'impossibilità di applicare il precetto, negando addirittura la capacità semantica della espressione “causa di non punibilità” e così offrendo, della norma, una interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare. Senza considerare che la principale obiezione della sentenza in questione, e cioè la confusione della formulazione legislativa e la sua incongruenza interna, avrebbero dovuto trovare sfogo nella denuncia di incostituzionalità per violazione del principio di legalità.

7.2. Dal canto suo, la sentenza Cavazza ha il pregio di non discostarsi in modo patente dalla lettera della legge, ma, per converso, nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata: quella di rendere non punibile qualsiasi condotta imperita del sanitario che abbia provocato la morte o le lesioni, pur se connotata da colpa grave. E ciò, sul solo presupposto della corretta selezione delle linee-guida pertinenti in relazione al caso di specie, sì

da rendere più che concreti i profili di illegittimità della interpretazione stessa, quantomeno per violazione del divieto costituzionale di disparità ingiustificata di trattamento rispetto ad altre categorie di professionisti che parimenti operano con alti coefficienti di difficoltà tecnica.

8. Invero, proprio a partire dalla interpretazione letterale, non può non riconoscersi che il legislatore ha coniato un'inedita causa di non punibilità per fatti da ritenersi inquadabili – per la completezza dell'accertamento nel caso concreto – nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., quando l'esercente una delle professioni sanitarie abbia dato causa ad uno dei citati eventi lesivi, versando in colpa da imperizia e pur avendo individuato e adottato, nonché, fino ad un certo punto, bene attualizzato le linee-guida adeguate al caso di specie.

8.1. Il comportamento dell'esercente la professione sanitaria oggetto di scrutinio è quello che ha prodotto un evento causalmente connesso ad un errore colpevole, a sua volta dipendente dalla violazione di una prescrizione pertinente. Sono destinati a rimanere esclusi i casi di eventi lesivi o letali connessi a comportamenti in relazione ai quali la violazione di prescrizioni potrebbe non essere per nulla ravvisabile o comunque potrebbe non essere stata qualificante, avendo il sanitario, ad esempio, fatto ricorso, pur senza l'esito sperato, e fatti salvi i principi in materia di consenso del paziente, a raccomandazioni o approdi scientifici di dimostrato, particolare valore i quali, pur sperimentati con successo dalla comunità scientifica, non risultino ancora avere superato le soglie e le formalità di accreditamento ufficiale descritte dalla legge.

8.2. La previsione della causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile non essendovi ragione per escludere apoditticamente – come fa la sentenza De Luca-Tarabori – che il legislatore, nell'ottica di porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute, abbia inteso ritagliare un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente connessi a specifiche regole di comportamento a loro volta sollecitate dalla necessità di gestione del rischio professionale: comportamenti che, pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date.

Semmai, è da sottolineare che era il decreto Balduzzi, non messo in discussione dalla giurisprudenza passata sotto il profilo della tecnica legislativa, ad agire sul terreno della delimitazione della colpa che dà luogo a responsabilità, circoscrivendo la operatività dei principi posti dall'art. 43 cod. pen. e dunque derogando ad essa, tanto che il risultato è stato ritenuto quello della parziale abolitio criminis. Viceversa, la legge Gelli-Bianco non si muove in senso derogatorio ai detti principi generali, bensì sul terreno della specificazione, ricorrendo all'inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti.

La possibile disparità di trattamento dovuta a tale opzione, rispetto ad altre categorie di professionisti che pure siano esposti alla gestione di peculiari rischi, non è automaticamente evocabile, una volta che l'intera operazione si riveli, anche per la delimitazione enucleata dallo stesso precetto, non irragionevole ed anzi in linea con uno schema già collaudato dalla Corte costituzionale (sent. n. 166 del 1973; ord. n. 295 del 2013).

Anche la modifica in senso limitativo, rispetto all'art. 3 del decreto Balduzzi, dell'esenzione da pena ai soli comportamenti che causano uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 cod. pen. fa ritenere più adeguatamente finalizzato il nuovo precetto al contrasto del sospetto – che si materializzò con riferimento al citato art. 3 – di incompa-

tibilità con il divieto costituzionale di disparità di trattamento (art. 3 Cost.), data l'ampiezza allora reputata ingiustificata, dal giudice che sottopose la norma allo scrutinio costituzionale, della platea dei soggetti che potevano avvantaggiarsene.

Appare infatti oggi, diversamente che in passato, direttamente connesso, l'intervento protettivo del legislatore, con la ragione ispiratrice della novella, che è quella di contrastare la c.d. "medicina difensiva" e con essa il pericolo per la sicurezza delle cure, e dunque creare – in relazione ad un perimetro più circoscritto di operatori ed atti sanitari che si confrontano con la necessità della gestione di un rischio del tutto peculiare in quanto collegato alla mutevolezza e unicità di ognuna delle situazioni patologiche da affrontare – un'area di non punibilità che valga a restituire al sanitario la serenità dell'affidarsi alla propria autonomia professionale e, per l'effetto, ad agevolare il perseguimento di una garanzia effettiva del diritto costituzionale alla salute.

9. La formulazione della causa di non punibilità nell'art. 590-sexies sollecita dunque a sperimentare una interpretazione della norma che consenta di darle concreta applicazione.

Non è condivisibile, in senso ostativo, il rilievo contenuto nella sentenza De Luca-Tarabori, anche sulla scia di una parte della dottrina, secondo cui la formulazione lessicale del precetto creerebbe un corto circuito capace di renderlo inservibile.

La norma descrive un presupposto per l'operatività della causa di non punibilità – quella del versare, il sanitario, nella situazione di avere cagionato per colpa da imperizia l'evento lesivo o mortale, pur essendosi attenuto alle linee-guida adeguate al caso di specie – che non è incongruente con la soluzione che promette. Le fasi della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono, infatti, articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e/o 590 cod. pen.

Si tratta, d'altro canto, di una struttura del precetto che ricalca quella dell'art. 3 del decreto Balduzzi il quale, allo stesso modo, ricavava un'area di irresponsabilità a favore del sanitario che, pur rispettoso ("si attiene") delle linee-guida, potesse riconoscersi in colpa nella causazione dell'evento lesivo dipendente dalla propria professione. Una struttura, cioè, metabolizzata dalla giurisprudenza che su di essa ha edificato un complesso apparato ricostruttivo del precetto.

In tal senso, la sentenza Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, nel commentare la portata dell'art. 3 del decreto Balduzzi, aveva osservato, con una affermazione utile anche relativamente alla formulazione dell'art. 590-sexies, che "il professionista (che) si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico" è l'agente che in base al decreto del 2012 non rispondeva per colpa lieve.

9.1. L'errore non punibile non può, però, alla stregua della novella del 2017, riguardare – data la chiarezza dell'articolo al riguardo – la fase della selezione delle linee-guida perché, dipendendo il "rispetto" di esse dalla scelta di quelle "adeguate", qualsiasi errore sul punto, dovuto a

una qualsiasi delle tre forme di colpa generica, porta a negare l'integrazione del requisito del “rispetto”.

Ne consegue che la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi sulla fase attuativa delle linee-guida, sia pure con l'esigenza di individuare opportuni temperamenti che valgano a non esporre la conclusione a dubbi o censure sul piano della legittimità costituzionale, per irragionevolezza o contrasto con altri principi del medesimo rango.

La ratio di tale conclusione si individua nella scelta del legislatore di pretendere, senza concessioni, che l'esercente la professione sanitaria sia non solo accurato e prudente nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli ma anche e soprattutto preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino. Con la conseguenza che, se tale percorso risulti correttamente seguito e, ciononostante, l'evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario, il residuo dell'atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia potrà, alle condizioni che si indicheranno, essere quello che chiama in campo la operatività della novella causa di non punibilità.

Infatti, nel caso descritto, che è indispensabile contemplare per dare attuazione alla nuova riforma, può dirsi che si rimanga nel perimetro del “rispetto delle linee guida”, quando cioè lo scostamento da esse è marginale e di minima entità.

9.2. Viene di nuovo in considerazione, per tale via, la necessità di circoscrivere un ambito o, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con la attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario della esenzione dalla pena per avere rispettato, nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee-guida adeguate al caso di specie.

Tanto più ove si consideri contestualmente che, come sottolineato nel parere espresso dalla Commissione giustizia del Senato sul disegno di legge approvato dalla Camera in prima lettura, il testo è volto ad assicurare una tutela effettiva della salute del paziente anche nello specifico ambito del processo civile garantendogli il risarcimento dovutogli in base ad una sentenza, attraverso una serie di strumenti disciplinati dall'art. 7, oltre, tra l'altro, la previsione del sistema di assicurazione obbligatoria (art. 9) accompagnato dalla azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice (art. 12).

A ciò va aggiunto che la contemplazione di un errore lieve (da imperizia) esente da sanzione penale ha, come pendant e rafforzamento sul piano sistemico, all'interno della legge Gelli-Bianco, la disciplina (art. 16) che favorisce i flussi informativi volti a far emergere le criticità nel compimento della ordinaria attività professionale, onde elaborarle e superarle, con divieto di utilizzazione di quei flussi nel processo penale: un insieme coordinato di regole, cioè, finalizzato ad una gestione del rischio clinico sempre più responsabilizzante per la stessa struttura organizzativa e senza la frustrante ricerca, in ogni caso, di un capro espiatorio.

È necessario peraltro sottolineare che non osta a tale scelta interpretativa l'obiezione di fondo, scaturente dalla giurisprudenza passata in tema di esclusione della operatività in ambito penale dell'art. 2236 cod. civ., nonché da una parte dalla dottrina, secondo cui non è consentita e comunque non ha senso la distinzione tra colpa lieve e colpa grave nel diritto penale ove, applicando rigorosamente il criterio della valutazione *ex ante* ed in concreto il

giudizio di prevedibilità ed evitabilità proprio della colpa, sono già presenti tutti gli strumenti per la risoluzione dei casi liminari, potendosi giungere, per essi, alla esclusione, in radice, della ravvisabilità della colpa.

Invero, non solo la previsione esplicita della “colpa lieve” come ambito di esclusione della responsabilità, nel decreto Balduzzi, ha dimostrato che è già stato legittimato, dal legislatore, un approccio dogmatico diverso, apprezzabile non solo come opzione meramente interpretativa o ricognitiva dei termini generali di definizione della colpa, ma come possibilità aggiuntiva di misurazione di questa a fini diversi da quelli – già previsti dall'art. 133 cod. pen., comma 1, n. 3, – di commisurazione della pena. In più, l'interpretazione qui accolta, rispetto a quella appena ricordata, è destinata ad ampliare il novero dei comportamenti che si sottraggono legittimamente all'intervento del giudice penale e a far risaltare concretamente la intuibile volontà del legislatore di proseguire lungo la direttrice segnata dal decreto Balduzzi; soprattutto con la finalità di impedire che l'abrogazione di questo apra scenari di automatica reviviscenza dei pregressi indirizzi interpretativi che, per la loro estrema severità nel passato, sono all'origine del porsi del tema delle risposte difensive dei sanitari.

D'altra parte, il timore che la distinzione tra colpa lieve e colpa grave possa essere anche fonte di scelte non prevedibili e ondivaghe, dipendenti dalla ampiezza della valutazione del giudice e quindi in contrasto con la necessaria tassatività del precetto, non tiene conto che analogo timore sarebbe ravvisabile, a monte, riguardo al giudizio sulla “esigibilità” della condotta, ossia al momento valutativo, qualificante per la individuazione stessa della colpevolezza: timori da sempre adeguatamente contrastati dalla complessa opera ricostruttiva, in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, riguardo ai criteri utili per la tendenziale definizione dei giudizi in esame e, nella presente decisione, utilmente richiamati.

10. La ricerca ermeneutica conduce a ritenere che la norma in esame continui a sottendere la nozione di “colpa lieve”, in linea con quella che l'ha preceduta e con la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni. Un complesso di fonti e di interpreti che ha mostrato come il tema della colpa medica penalmente rilevante sia sensibile alla questione della sua graduabilità, pur a fronte di un precetto, quale l'art. 43 cod. pen., che scolpisce la colpa senza distinzioni interne.

Dal punto di vista teorico non si individua alcuna ragione vincolante per la quale tale conclusione debba essere scartata, diversamente da quanto ritenuto da entrambe le sentenze che hanno dato luogo al contrasto.

Queste, peraltro, proprio sulla base di una conclusione di tal genere, fatta discendere dal silenzio della legge, si sono trovate a polarizzare in modo opposto le relative conclusioni, avendo osservato, la sentenza De Luca-Tarabori, che l'esonero complessivo da pena, destinato ad inglobare anche il responsabile di colpa grave da imperizia, non è praticabile perché genera una situazione in contrasto con il principio di colpevolezza e, la sentenza Cavazza, che la novella causa di non punibilità è destinata a operare senza distinzione del grado della colpa.

Al contrario, ritengono le Sezioni Unite che la mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto, sempre che questa sia l'espressione di una ratio compatibile con l'esegesi letterale e sistematica del comando espresso.

10.1. In tale prospettiva appare utile giovarsi, in primo luogo, dell'indicazione proveniente dall'art. 2236 cod. civ.

L'articolazione colpa grave/altra tipologie di condotte rimproverabili, pur causative dell'evento, è presente nelle

valutazioni giurisprudenziali sui limiti della responsabilità penale del sanitario che, sotto diversi profili, hanno valorizzato nel tempo i principi e la ratio della disposizione contenuta nella norma citata, plasmata, invero, nell'ambito civilistico del riconoscimento del danno derivante da prestazioni che implicino soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e che lo esclude, appunto, salvo il caso di dolo o colpa grave.

Ebbene, tralasciando l'ormai sopito dibattito sulla non diretta applicabilità del precetto al settore penale per la sua attinenza all'esecuzione del rapporto contrattuale o al danno da responsabilità aquiliana, merita di essere valorizzato il condivisibile e più recente orientamento delle sezioni penali che hanno comunque riconosciuto all'art. 2236 la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza.

Ciò che del precetto merita di essere ancor oggi valorizzato è il fatto che, attraverso di esso, già prima della formulazione della norma che ha ancorato l'esonerazione da responsabilità al rispetto delle linee-guida e al grado della colpa, si fosse accreditato, anche in ambito penalistico, il principio secondo cui la condotta tenuta dal terapeuta non può non essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto (Sez. 4, n. 4391 del 12/11/2011, dep. 2012, Di Lella, Rv.251941; Sez. 4, n. 16328 del 05/04/2011, Montalto, Rv. 251960; Sez. 4, n. 39592 del 21/06/2007, Buggè, Rv. 237875; Sez. 4, n. 1693 del 29/09/1997, dep. 1998, Azzini, non massimata sul punto). Sicché l'eventuale addebito di colpa era destinato a venire meno nella gestione di un elevato rischio senza errori rimproverabili connotati da gravità. Viceversa, quando non si fosse presentata una situazione emergenziale o non fossero da affrontare problemi di particolare difficoltà, non sarebbe venuto in causa il principio dell'art. 2236 cod. civ. e non avrebbe avuto base normativa la distinzione della colpa lieve. Ne conseguiva che il medico in tali ipotesi, come in quelle nelle quali venivano in considerazione le sole negligenza o imprudenza, versava in colpa, essendo pacifico che in queste si dovesse sempre attenere ai criteri di massima cautela.

Un precetto, quello appena analizzato, che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili. Sicché, vuoi sotto un profilo della non rimproverabilità della condotta in concreto tenuta in tali condizioni, vuoi sotto quello della mera opportunità di delimitare il campo dei comportamenti soggetti alla repressione penale, sono richieste misurazioni e valutazioni differenziate da parte del giudice.

Non è marginale, del resto, l'avallo dato a tale interpretazione da parte della Corte costituzionale, con sentenza n. 166 del 1973, per taluni aspetti ribadita dalla ordinanza n. 295 del 2013. Un avallo cui, viceversa, va riconosciuta riacquisita rilevanza ai fini che ci occupano, soprattutto a seguito della scelta, operata dalla legge Gelli-Bianco, di rendere la causa di non punibilità operativa soltanto in relazione alla colpa da imperizia, pur dopo che, nel recente passato, la giurisprudenza di legittimità applicativa del sopravvenuto decreto Balduzzi, aveva invece mostrato di propendere per la estensione della irresponsabilità da colpa lieve a tutte le forme di colpa generica. La prima pronuncia del Giudice delle leggi aveva, infatti, ammesso che gli artt. 589 e 42 cod. pen. potessero essere integrati dall'art. 2236 cod. civ., così da ricavarne il principio, costituzionalmen-

te compatibile, della graduabilità della colpa da "imperizia" del sanitario impegnato nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e il riconoscimento della possibilità di esenzione di una parte di essa dal rilievo penalistico.

La stessa sentenza De Luca-Tarabori evoca tale soluzione sia pure per presentarla come strumento tecnico residuo per perseguire il pur meritevole fine di mandare esente da rimproverabilità l'errore colpevole del sanitario contestato a titolo di imperizia.

10.2. In secondo luogo, è un dato di fatto che il legislatore del 2012 abbia espressamente utilizzato e disciplinato l'ipotesi della "colpa lieve" del sanitario come quella da sottrarre, a condizioni date, alla responsabilità penale.

Tale opzione legislativa prescindeva dalla pregiudiziale della dimostrata situazione di particolare difficoltà tecnica ed era invece plasmata sul criterio della conformazione alle linee-guida, con riferimento a situazioni che potevano sottrarsi alla repressione penale anche quando non qualificate da speciale difficoltà. Con l'avvertenza che se, da un lato, tale ultima condizione è quella che, di regola, ha minore attitudine a generare "colpa lieve", dall'altro possono darsi condotte del sanitario che, pur rientranti agevolmente in linee-guida standardizzate, risultano di difficile esecuzione per la urgenza o per l'assenza di presidi adeguati.

Quella opzione ha dato luogo ad una cospicua elaborazione giurisprudenziale volta a fissare i criteri utili per individuare preventivamente e, quindi, in sede giudiziaria riconoscere il grado lieve della colpa, del quale – stante l'esplicito testo normativo sopravvenuto – non sembra ragionevole negarsi la idoneità alla convivenza con i principi generali dettati dall'art. 43 cod. pen.

Questi, peraltro, continuano ad avere piena applicazione con riferimento alla colpa da negligenza e da imprudenza.

Basterà, al fine di dare pratica attuazione alla lettura dell'art. 590-sexies qui accreditata, rievocare i canoni maggiormente condivisi nel recente passato, sollecitati dall'esigenza di contrastare gli effetti di interpretazioni eccessivamente severe, nella cui filigrana traspariva una non condivisibile tendenza a fare della relazione sanitaria una "obbligazione di risultato", laddove il fine di garantire la "sicurezza delle cure" ne ribadisce la natura di "obbligazione di mezzi".

(*Omissis*).

12. Il connesso tema dell'individuazione della legge più favorevole, in dipendenza dai principi posti dall'art. 2 cod. pen., comma 4, sulla successione delle leggi penali nel tempo, trova il proprio naturale sviluppo raffrontando il contenuto precettivo dell'art. 590-sexies cod. pen., come individuato, con quello dell'art. 3, abrogato.

Si enucleano soltanto i casi immediatamente apprezzabili.

In primo luogo, tale ultimo precetto risulta più favorevole in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario – commessi prima della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco – connotati da negligenza o imprudenza, con configurazione di colpa lieve, che solo per il decreto Balduzzi erano esenti da responsabilità quando risultava provato il rispetto delle linee-guida o delle buone pratiche accreditate.

In secondo luogo, nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve, che sia caduto sul momento selettivo delle linee-guida e cioè su quello della valutazione della appropriatezza della linea-guida era coperto dalla esenzione di responsabilità del decreto Balduzzi (v. Sez. 4, n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, non massimata sul punto), mentre non lo è più in base alla novella che risulta anche per tale aspetto meno favorevole.

In terzo luogo, sempre nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve nella sola fase attuativa andava esente per il decreto Balduzzi ed è oggetto di causa di non punibilità in base all'art. 590-sexies, essendo, in

tale prospettiva, ininfluenza, in relazione alla attività del giudice penale che si trovi a decidere nella vigenza della nuova legge su fatti verificatisi antecedentemente alla sua entrata in

vigore, la qualificazione giuridica dello strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto liberatorio – *Omissis*.

Le Sezioni unite salvano la rilevanza *in bonam partem* dell'imperizia “lieve” del medico

Lucia Riscato*

Le Sezioni unite risolvono il contrasto, sorto in seno alla Quarta Sezione penale, su significato e portata sistematica dell'art. 590 *sexies* c.p., introdotto dalla L. n. 24/2017, anche ai fini dell'individuazione della norma più favorevole ex art. 2, 4° comma, c.p.: l'avvicendamento tra l'art. 3, 1° comma, L. n. 189/2012 e l'art. 590 *sexies* c.p. limita l'operatività della nuova norma di favore ai soli casi di imperizia, omettendo ogni riferimento al grado della colpa del sanitario. Proprio tale indicazione ermeneutica può tuttavia ritenersi perdurante in base ai principi generali del nostro ordinamento giuridico e alla disposizione di cui all'art. 2236 c.c. La nuova legge troverà quindi applicazione solo in caso di imperizia lieve: diversamente, dovremmo desumere l'incompatibilità irrimediabile tra il *novum* normativo e l'art. 3 Cost.

Il contrasto giurisprudenziale

Come in un romanzo ispirato al realismo magico sudamericano, nella colpa medica il tempo gira intorno a se stesso: dopo l'intermezzo della legge Balduzzi, per le Sezioni unite la questione dei limiti di rilevanza dell'imperizia “lieve” torna, grazie alla legge Gelli-Bianco, all'inossidabile disposto dell'art. 2236 c.c., investito dalla sentenza in esame del ruolo fondamentale di norma extrapenale “integratrice” dell'art. 590 *sexies* c.p. in base ai criteri ermeneutici logico-sistematici interni all'ordinamento.

All'origine del contrasto giurisprudenziale che ha determinato la rimessione della questione alle Sezioni unite vi è l'ambigua relazione di discontinuità che ha accompagnato la transizione tra l'art. 3, 1° comma, L. n. 189/2012 e l'attuale art. 590 *sexies* c.p. Si tratta di due disposizioni solo apparentemente simili: la prima, com'è noto, escludeva ossimoricamente la responsabilità dell'esercente una professione sanitaria che, attenendosi a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, fosse nondimeno in colpa *lieve*; la seconda, eliminando ogni riferimento esplicito al grado della colpa del medico, subordina la non punibilità del fatto all'accertamento di una conclamata imperizia comunque legata all'osservanza di linee guida certificate o, in subordine, di buone pratiche clinico-assistenziali e, soprattutto, alla verifica dell'adeguatezza delle cure rispetto alla concreta vicenda del paziente¹.

L'art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi era stato coniato per vincolare normativamente i limiti della responsabilità penale in ambito medico a fronte di un orientamento giurisprudenziale sempre più severo, che limitava progressivamente l'applicabilità *in bonam partem* del disposto di cui all'art. 2236 c.c. nei casi di imperizia caratterizzata dal tentativo di risolvere problemi tecnico-scientifici di speciale difficoltà. Proprio questa era la novità più importante e controversa dell'abrogato art. 3²: la disposizione *de qua* escludeva la rilevanza penale di una colpa *lieve* – introducendo una distinzione quasi inedita nel panorama penalistico italiano – quando il professionista, nello svolgimento della propria attività “negligente”, “imprudente” o “imperita”, si fosse comunque attenuto alle regole protocollari dell'arte medica. In questo senso, anche il riferimento ai parametri delle linee guida e delle buone pratiche era del tutto inedito, rappresentando il (discutibile e generico) presupposto logico, solo “eventualmente” dotato di finalità cautelare, su cui parametrare il grado della colpa del sanitario.

La legge Gelli-Bianco ridimensiona fortemente l'ambito applicativo della causa di non punibilità ora prevista dal cpv. dell'art. 590 *sexies* c.p.: essa riguarda solo i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose e può essere invocata soltanto nel contesto di una cura *imperita* eppure *adeguata* alle specificità del caso concreto, scrupolosamente rispettosa di linee guida certificate o accreditate o, in subordine, di buo-

* Il contributo è stato sottoposto a referaggio interno.

¹ Per un commento alla L. n. 24/2017 v., tra gli altri, a G.L. Gatta, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge “Gelli Bianco”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 marzo 2017, e C. Cupelli, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2017. Cfr., da ultimo, G. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Legisl. Pen.*, 2 maggio 2017; F. D'Alessandro, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 573 e segg.; L. Riscato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Legisl. pen.*, 7 giugno 2017 e G.M. Caletti-L. Mattheudakis, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. Pen. Proc.*, fasc. 10/2017, 1369e segg.

² Sulla legge Balduzzi v., nella sterminata letteratura in merito, P. Piras, *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012, n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 26 novembre 2012; D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 5 maggio 2013; C. Pezzimenti, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa “non lieve”: un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 347 e segg.; C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 23 settembre 2013. Per un approfondimento mirato, si rinvia allo speciale dottrina di *Giur. it.*, *La colpa medica “non lieve” dopo la legge Balduzzi*, a cura di L. Riscato, con contributi di A. Asmundo, G. Canzio, L. Riscato, S. Scurria e A. Vallini, Milano, 2014.

ne pratiche clinico-assistenziali. Pare subito evidente come la scomparsa della colpa lieve sia solo uno dei nodi interpretativi di una disposizione non meno ossimorica della previgente. Il contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla Quarta Sezione rivela, sia pur da angoli prospettici antitetici, l'imponente sforzo ermeneutico di applicare in modo coerente una disposizione non immune, come meglio vedremo in seguito, da possibili censure di illegittimità costituzionale.

La portata della L. n. 24/2017 secondo la sentenza “Tarabori”

Pronunciandosi in merito all'avvicendamento cronologico tra art. 3, 1° comma, L. n. 189/2012 e art. 590 *sexies* c.p., la sentenza n. 28187 del 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017) della Quarta Sezione Penale³ ha formulato gravi perplessità – quasi una stroncatura – sul *novum* normativo arrecato dalla L. n. 24/2017: nell'art. 590 *sexies* c.p. “si legge che non è punibile l'agente che rispetta le linee guida accreditate..., nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto. L'enunciato, come è stato da più parti sottolineato, attinge la sfera dell'ovvietà: non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che, avendo rispettato raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti, e avendole in concreto attualizzate in un modo che “risulti adeguato” alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa. Da questo punto di vista, dunque, nulla di nuovo.

La disciplina, tuttavia, risulta di disarticolante contraddittorietà quando l'ovvio enunciato di cui si è detto si ponga in connessione con la prima parte del testo normativo. Vi si legge, infatti, che il *novum* trova applicazione quando l'evento si è verificato a causa d'imperizia. La drammatica incompatibilità logica è lampante: si è in colpa per imperizia e al contempo non lo si è, visto che le codificate *leges artis* sono state rispettate e applicate in modo pertinente ed appropriato (...), all'esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie”⁴.

Secondo questo primo orientamento, l'art. 590 *sexies* c.p. non è per nulla più favorevole al medico rispetto all'abrogato art. 3, 1° comma, L. n. 189/2012, oltre a lasciare pressoché intatti molti dubbi ermeneutici già formulati sotto il vigore della legge Balduzzi: essa è applicabile, è il caso di ripetere, alla

sola “imperizia” del sanitario, e soltanto in rapporto ai delitti di omicidio e lesioni di cui agli artt. 589 e 590 (la legge Balduzzi operava, invece, in rapporto a *tutte* le fattispecie colpose realizzabili nell'ambito dell'esercizio delle professioni sanitarie). Irrilevante diventa poi, come già accennato, il “grado” della colpa del sanitario che abbia agito con l'imperizia “di risulta” derivante da una condotta osservante e per di più adeguata – *ex ante*, come precisato dalle Sezioni unite⁵ – alle specificità del caso concreto.

L'assenza di una rilevanza scusante della colpa “lieve” del medico complica, e non poco, la definizione dell'ambito di operatività di una disposizione cui la Suprema Corte ha tentato comunque di dare un senso, sia pure in termini assai limitati. La sentenza *de qua* ha ipotizzato che il legislatore abbia voluto escludere la punibilità nei confronti del sanitario che, pur avendo agito con imperizia, abbia comunque fatto applicazione, in qualche momento della relazione terapeutica, di direttive qualificate, “pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata”. L'esempio addotto dagli estensori è particolarmente eloquente: si descrive il caso dell'asportazione di una neoplasia eseguita nel pieno rispetto delle linee guida e tuttavia caratterizzata, nella fase esecutiva, dall'erronea rescissione di un'arteria con esito letale. Questa ricostruzione presuppone logicamente – peraltro in coerenza con la lettera della nuova legge – l'“esistenza” e la “legittima praticabilità” di linee-guida, non prendendo in considerazione altre ipotesi interpretative altrettanto plausibili che spaziano dall'assenza, totale o parziale, di linee guida alla loro inadeguatezza, dal carattere non prettamente cautelare delle *guidelines* all'eventualità – esplicitata dalle Sezioni unite – che queste ultime dettino solo regole di diligenza o prudenza⁶.

A livello ermeneutico, un recupero della rilevanza scusante dell'imperizia “lieve” del medico può ancora essere tentato grazie al risalente orientamento che individuava nell'art. 2236 c.c. il supporto giuridico della delimitazione della colpa professionale alle condotte “incompatibili col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica”⁷. Tale orientamento nasceva dalla necessità, fatta propria anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 166 del 28 novembre 1973⁸ e progressivamente criticata da dottrina e giurisprudenza successive, di non “paralizzare” con

³ Tra i numerosi commenti alla pronuncia *de qua*, v. L. Risicato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. It.*, 2017, 10, 2201 e segg., e G.M. Caletti-L. Mattheudakis, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. Pen. Proc.*, cit., 1369 e segg.

⁴ Corsivo nostro.

⁵ Sez. un, sent. n. 8770/2018, § 6: ad opinare diversamente, si confonderebbe il giudizio sulla rimproverabilità con quello sulla prova della causalità, da effettuarsi *ex post*.

⁶ V. meglio *infra*, paragrafo successivo.

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, § 6. Sulla valorizzazione del riferimento ermeneutico all'art. 2236 c.c. v., in particolare, G.M. Caletti-L. Mattheudakis, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 1376.

⁸ Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Giur. Cost.*, 1973, 1795. La Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 42 del codice penale, nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare. Secondo la Consulta, nondimeno, “siffatta esenzione o limitazione di responsabilità... non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità”.

cautele troppo onerose l'attività medico-chirurgica in settori che richiedono elevati livelli di competenze⁹.

Beninteso, è da guardare con favore – secondo la prima pronuncia della Corte – la scelta di selezionare le linee guida dalla cui osservanza possa scaturire l'esclusione della responsabilità *ex art. 590 sexies c.p.*: l'istituzionalizzazione delle *guidelines* “vuole senza dubbio superare le incertezze manifestatesi dopo l'introduzione dell'art. 31a legge 189/2012 a proposito dei criteri per l'individuazione delle direttive scientificamente qualificate. La disciplina intende stornare il pericolo di degenerazioni dovute a linee guida interessate o non scientificamente fondate; e favorire, inoltre, l'uniforme applicazione di direttive accreditate e virtuose”.

Il requisito dell'adeguatezza delle cure al caso concreto si riferirebbe, invece, alle ipotesi in cui, per via della comorbilità del paziente, sussistano fondate ragioni per discostarsi radicalmente dalle linee guida accreditate. Pare evidente, comunque, come il catalogo delle linee guida non possa esaurire del tutto i parametri di valutazione, ben potendo il terapeuta invocare, in casi particolari, approdi ancora non formalizzati e tuttavia ritenuti di elevata qualificazione nella comunità scientifica.

Segue: e secondo la sentenza “Cavazza”

Passano pochi mesi e la stessa Sezione IV, con la sentenza 19-31 ottobre 2017, n. 50078 (c.d. sentenza “Cavazza”) ribalta totalmente perplessità e suggerimenti ermeneutici contenuti nella sentenza “Tarabori”. La nuova pronuncia sostiene che il legislatore, con l'espressione “qualora l'evento si sia verificato a causa d'imperizia”, si sia riferito a quella particolare specie d'imperizia scaturente dall'inosservanza di regole precauzionali da applicare “durante l'esecuzione” di linee guida e protocolli. Aderendo a questa impostazione, diventa possibile configurare una scelta terapeutica “corretta” ma contraddistinta da imperizia *in executivis*: le linee guida verrebbero, così, scelte bene ma applicate male¹⁰.

Se la sentenza “Tarabori” si è sforzata di avallare un'interpretazione teleologica dell'art. 590 *sexies* in odore di *interpretatio abrogans*, la nuova pronuncia valorizza fino alle estreme conseguenze il dato letterale della disposizione introdotta dalla L. n. 24/2017: poiché la legge Gelli-Bianco non distingue più tra i gradi della colpa, la non punibilità si produrrebbe anche in caso d'imperizia *grave*, con buona pace dell'art. 2236 c.c. La nuova legge sarebbe quindi note-

volmente più favorevole della precedente, almeno dal punto di vista dell'elemento soggettivo, ma le conseguenze politico-criminali di un'interpretazione “basica” dell'art. 590 *sexies* c.p. potrebbero essere devastanti e insensatamente discriminatorie: aderendo alla sentenza “Cavazza”, infatti, negligenza e imprudenza *lievi* restano punibili perché escluse dall'ambito operativo della previsione di nuovo conio, a fronte di forme clamorose di imperizia “osservante”, rispettosa di linee guida ma incapace di applicarle.

A questa remora corposa, fatta propria dalle Sezioni unite, si aggiungono invero altre perplessità sul presupposto logico da cui la pronuncia in commento muove: *quid iuris* se la regola di perizia non sia contenuta nelle linee guida, che hanno – com'è noto – carattere solo “eventualmente” cautelare? Può in questi casi scusarsi un'imperizia anche marchiana¹¹? Il tutto per tacere dell'ipotesi in cui le linee guida siano assenti e l'imperizia discenda dalla scorretta applicazione di buone pratiche clinico-assistenziali, con tutte le remore legate all'impalpabile definizione di questo parametro valutativo della responsabilità medica¹².

Le argomentazioni critiche delle Sezioni unite

La Suprema Corte ritiene l'interpretazione propugnata dalla sentenza “Tarabori” eccessivamente restrittiva e quella suggerita dalla pronuncia “Cavazza” inquietantemente estensiva¹³.

Secondo il primo arresto giurisprudenziale, infatti, la nuova disciplina non sarebbe “destinata ad operare negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee-guida, rientrando in questa ipotesi anche il caso di linee guida pertinenti ma aventi ad oggetto regole di diligenza o prudenza ma non di perizia; né nelle situazioni concrete nelle quali le indicazioni provenienti da quelle debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate (la relazione della possibile inadeguatezza, nella relazione terapeutica esecutiva, peraltro, è essa stessa evidenza dell'impossibilità di qualificare la linea-guida come fonte di colpa specifica); né in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee-guida pertinenti ed appropriate (con riferimento, dunque, al momento della scelta delle stesse), non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo”¹⁴.

⁹ Parte della giurisprudenza ha manifestato forti perplessità su una valutazione privilegiata dell'imperizia del medico, non ravvisando elementi di ragionevolezza nel trattamento di favore riservato al sanitario rispetto ad altre ipotesi di colpa professionale. Le perplessità erano – e sono tuttora – condivise da buona parte della letteratura penalistica. La delimitazione della responsabilità penale del medico alle ipotesi di colpa grave sarebbe infatti discutibile e, per certi versi, poco coraggiosa: è quanto meno dubbio “che il significato sociale dell'attività medica sia a tal punto peculiare, rispetto ad altre, da legittimare, in tema di responsabilità per colpa, questa sola eccezione”: così M. Romano, in *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti, M. Catino, F. D'A-

lessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, Pisa, 2010, 123.

¹⁰ Così, efficacemente, P. Piras, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 dicembre 2017 (ora pubblicato nel fasc. 12/2017).

¹¹ Così, efficacemente, P. Piras, *loc. ult. cit.*

¹² Sia tollerato il rinvio a L. Risicato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, cit., 2201 e segg.

¹³ Per una prima lettura critica del *dictum* delle Sezioni unite v. C. Cupelli, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1 marzo 2018.

¹⁴ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 4.1.

Per contro, la sentenza “Cavazza” afferma (con eccessiva disinvoltura) il carattere innovativo della legge Gelli-Bianco, che si porrebbe rispetto alla previgente legge Balduzzi in rapporto di evidente discontinuità. Il fine dichiarato della legge Gelli-Bianco, e ripreso dalla Suprema Corte, sarebbe quello di attenuare specifici profili della colpa medica di cui il legislatore avrebbe inteso diminuire la responsabilità penale (ferma restando quella civile). Questa causa di non punibilità avrebbe quindi l’esplicito intento di contrastare la c.d. medicina difensiva, ponendosi al di fuori delle categorie dogmatiche della colpevolezza e della causalità colposa. Da ciò discenderebbe la scelta di escludere l’assoggettabilità a pena delle condotte imperite e osservanti, anche se gravi, purché adeguate (*ex ante*) alle specificità del caso concreto.

Le Sezioni unite prendono atto della circostanza indiscutibile che entrambe le pronunce qui citate esprimano molteplici osservazioni condivisibili, in assenza però di una sintesi interpretativa complessiva che restituisca la portata *effettiva* dell’art. 590 *sexies* c.p. Il percorso seguito a questo fine prende le mosse dalla ricostruzione *sistematica* degli elementi costitutivi della nuova previsione, sulla base del canone ermeneutico fornito dall’art. 12 delle preleggi e, soprattutto, del prezioso contributo fornito in materia dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte costituzionale.

Valore ermeneutico e limiti (conosciuti) delle linee guida

Le Sezioni unite condividono le conclusioni già maturate dalle Sezioni semplici della Cassazione – in verità ben prima dell’entrata in vigore della legge Balduzzi – su natura, finalità e cogenza delle linee guida. Il processo di accreditamento, monitoraggio e controllo delle *guidelines* ora istituito dalla L. n. 24/2017 non può, infatti, intaccare la loro “intrinseca essenza”, già messa in luce in passato anche in rapporto alle buone pratiche: esse costituiscono “un condensato delle acquisizioni scientifiche, metodologiche e tecnologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un’accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti”¹⁵. Le linee guida, insomma, pur essendo oggi apprezzabilmente selezionate e monitorate, mantengono il loro carattere non tassativo né vincolante, sia in considerazione della perdurante ambiguità di fondo dell’istituto, sospeso tra migliore interesse del paziente e *spending review* sanitaria, sia per

la giusta ritrosia della giurisprudenza di legittimità nel creare automatismi volti ad escludere o, per contro, ad affermare la responsabilità.

Definitivamente chiarito appare anche il rapporto tra linee guida e regole cautelari dell’arte medica: le *guidelines* non hanno necessariamente finalità cautelare e non dettano ineluttabilmente regole di (sola) *perizia*, rappresentando piuttosto il presupposto di fatto alla cui stregua valutare il grado di (in)osservanza della condotta imperita del medico. Sebbene elastiche e non sempre dotate di carattere precauzionale, esse sono oggi in grado di offrire una risposta plausibile a quelle istanze di maggiore determinatezza della responsabilità colposa del personale sanitario da tempo caldegiate in dottrina e in giurisprudenza.

Il requisito aggiuntivo dell’adeguatezza delle cure al caso concreto consentirebbe, poi, al sanitario di recuperare l’indispensabile autonomia “nell’espletare il proprio talento professionale” e alla collettività di “veder dissolto il rischio di appiattimenti burocratici”. Le linee guida, insomma, valgono solo se “adeguate” alle specifiche esigenze individuali del paziente, fermo restando, in caso contrario, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari, di discostarsene¹⁶.

L’intrinseca rilevanza scusante dell’imperizia lieve

Dal canone ermeneutico posto dall’art. 12 delle preleggi, si evince la necessità per l’interprete di valorizzare il significato proprio delle parole del testo legislativo secondo la loro connessione, sempre guardando all’intenzione del legislatore.

Pur fissando le linee generali da cui dedurre significato e portata dell’art. 590 *sexies* c.p., le Sezioni unite rimarcano l’estrema difficoltà, che talora si presenta, nell’individuare un netto argine tra colpa per negligenza o per imperizia, posta l’estrema fluidità dei confini concettuali ed esistenziali che contraddistinguono le specie di colpa. La distinzione, seppur fluttuante, resta fondamentale: la nuova causa di non punibilità non può operare in caso di negligenza o imprudenza. D’altro canto, la semplice constatazione dell’esistenza di linee guida pertinenti al caso concreto non implica che la loro violazione determini per ciò solo imperizia.

Partendo dal dato letterale, secondo la connessione delle parole, dall’art. 590 *sexies* c.p. si “legge” che il legislatore ha coniato una causa di non punibilità in senso stretto per fatti altrimenti rientranti nelle ipotesi delittuose di cui agli artt. 589 e 590 c.p., quando il medico abbia dato causa al fatto per imperizia “pur avendo individuato e adottato, nonché, fino a un certo

¹⁵ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 3. L’ambigua poliedricità del richiamo alle linee guida era stata evidenziata, tra gli altri, da C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *Dir. Pen. Cont. (Riv. Trim.)*, n. 4/2013, 15: “in Italia non esiste un sistema di ‘accreditamento’ delle linee guida, anche se passi avanti sono stati fatti con l’introduzione del Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG) gestito dall’Istituto Superiore di Sanità; ma si deve tener conto che a queste linee guida se ne aggiungono poi altre formulate dalle

regioni, dalle aziende ospedaliere e addirittura dalle compagnie assicuratrici (negli Usa anche delle case farmaceutiche!) con una sovrapposizione spesso inestricabile di discipline del resto in una situazione non diversa da quella che si è creata negli Usa pur dopo l’introduzione di un’agenzia governativa”. Per un’esauriente ricognizione di natura, finalità e limiti dell’istituto v., per tutti, A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino 2012.

¹⁶ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 3.

punto, ben attualizzato le linee guida adeguate al caso di specie”¹⁷. Restano quindi esclusi dall’ambito di operatività della nuova previsione i casi di eventi lesivi o letali commessi a fatti non contraddistinti o non direttamente cagionati dalla violazione di prescrizioni, “avendo il sanitario, ad esempio, fatto ricorso, pur senza l’esito sperato, e fatti salvi i principi in tema di consenso del paziente, a raccomandazioni o approdi scientifici di dimostrato, particolare valore “i quali, pur sperimentati con successo dalla comunità scientifica, non risultino ancora avere superato le soglie e le formalità di accreditamento ufficiale descritte dalla legge”¹⁸.

Facendo un raffronto tra l’art. 3, 1° comma, L. n. 189/2012 e art. 590 *sexies* c.p. si riscontra un altro dato fondamentale: era la legge Balduzzi a “derogare” all’art. 43 c.p., limitando la responsabilità del sanitario ai soli casi di colpa “lieve”. La nuova disposizione, invece, lungi dal derogare ai principi generali dell’ordinamento, “specifica” ulteriormente – secondo un ragionevole bilanciamento tra interessi contrapposti – l’area della non punibilità del medico, col preciso intento di contrastare il fenomeno della medicina difensiva. Le possibili disparità di trattamento connesse a questa scelta rispetto ad altre ipotesi di colpa professionale devono, del resto, ritenersi superate dalla giurisprudenza costituzionale in materia¹⁹.

Il legislatore ha preteso, senza concessioni, che il medico sia non solo accurato e prudente nel seguire il caso a lui sottoposto ma preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi differenziali, che sia aggiornato non soltanto sulle nuove acquisizioni scientifiche ma anche sul loro accreditamento: che sia cioè, grazie a queste ponderose premesse, in grado di fare scelte terapeutiche che si rivelino *ex ante* adeguate, personalizzandole in rapporto alle condizioni del paziente. Se tale percorso dovesse essere condotto in modo corretto e nondimeno accompagnato da eventi lesivi o mortali, “il residuo dell’atto medico che appaia connotato da errore *colpevole* per imperizia potrà... essere quello che chiama in causa l’operatività della novella causa di non punibilità”²⁰.

A questo punto si pone il cruciale problema della necessità di circoscrivere un grado di colpa che, per la sua limitata entità, sia compatibile con la scelta legislativa della non punibilità. Al di là di quanto desumibile dai lavori preparatori e dai pareri formulati dalla Commissione giustizia del Senato sul D.D.L. approvato, in prima lettura, dalla Camera, viene in considerazione un altro cruciale dato sistematico: l’art. 16 della legge Gelli-Bianco, sul divieto di utiliz-

zazione nel corso del processo penale dei flussi informativi sulle criticità nello svolgimento dell’attività professionale, descrive un modello di gestione sanitaria del rischio sempre più responsabilizzante per la stessa struttura organizzativa e senza l’esasperante ricerca di un capro espiatorio.

Che la colpa “lieve” tracci un appropriato ambito di esclusione della responsabilità è stato del resto legittimato dal legislatore proprio grazie alla legge Balduzzi²¹, che ha introdotto un parametro aggiuntivo di misurazione della colpa a fini diversi da quelli previsti dall’art. 133, 1° comma, n. 3, in tema di commisurazione della pena. La *ratio* della legge Gelli-Bianco rifletterebbe l’intuibile volontà del legislatore di proseguire sul solco già tracciato dalla Balduzzi.

D’altronde, la preoccupazione – variamente manifestata e argomentata in passato – di scelte non prevedibili, ondivaghe e discriminatorie legate alla gradazione della colpa penale del medico rischierebbe comunque di trasferirsi, in assenza di indicazioni normative di segno diverso, sullo sdruciolevole versante dell’inesigibilità della condotta, nucleo qualificante e tuttavia mutevole dell’essenza stessa della colpevolezza.

Tutto ciò, per le Sezioni unite, consente di ritenere perdurante, seppure in forma tacita, la rilevanza scusante della (sola) colpa “lieve”, in linea con la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni²². La mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non preclude, pertanto, una ricostruzione sistematica della norma che sia comunque coerente con la *ratio legis*.

In un eterno ritorno, il primo formidabile appiglio argomentativo è fornito dall’art. 2236 c.c., che – per la Corte – trascendendo i confini prettamente civilistici e le dispute sulla sua collocazione sistematica, ha di recente acquisito la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione dei problemi sottesi alla struttura dell’art. 590 *sexies* c.p. e si versi in una situazione di emergenza. Il precetto di cui all’art. 2236 c.c. permette di considerare la perdurante rilevanza della peculiare difficoltà dell’attività medica per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro clinico e, sempre più spesso, ai limiti delle risorse terapeutiche disponibili: ciò basta ad incoraggiare letture differenziate della colpevolezza da parte del giudice.

Per dare quindi attuazione all’art. 590 *sexies* c.p. secondo l’accreditata lettura delle Sezioni unite, oc-

¹⁷ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 8.

¹⁸ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 8. Corsivo nostro.

¹⁹ Le Sezioni unite richiamano, in proposito, sia la già citata sentenza costituzionale n. 166 del 1973 (su cui v. *supra*, nt. 8) e l’ordinanza 2 dicembre 2013, n. 295 (in *www.giurcost.org*).

²⁰ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 9.1. Corsivo nostro.

²¹ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 10.2: l’opzione legislativa della “colpa lieve” era “plasmata sul criterio della conformazione a linee-guida, con riferimento a situazioni che potevano sottrarsi alla repressione penale anche quando non qualificate da speciale difficoltà. Con l’avvertenza che se, da un lato, tale ultima condi-

zione è quella che, di regola, ha minore attitudine a generare ‘colpa lieve’, dall’altro possono darsi condotte del sanitario che, pur rientranti agevolmente in linee-guida standardizzate, risultano di difficile esecuzione per l’urgenza o l’assenza di presidi adeguati”.

²² Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 10: un complesso di fonti e di interpreti ha dimostrato oltre ogni ragionevole dubbio che il tema della colpa medica penalmente rilevante sia sensibile alla questione della sua graduabilità, pur a fronte di un precetto, quello di cui all’art. 43 c.p., che scolpisce la colpa senza distinzioni interne.

correrà rievocare i canoni ermeneutici del recente passato, sollecitati sia dall'esigenza di scongiurare interpretazioni eccessivamente severe, sia – per contro – di evitare inopportune dilatazioni dell'area della non punibilità. In conformità a una corposa giurisprudenza già affermata sotto la vigenza della legge Balduzzi, si può nitidamente escludere la punibilità in tutti i casi in cui l'approccio terapeutico sia stato marcatamente distante dalla necessità di adeguamento alle peculiarità del caso clinico, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente, o quando siano stati grossolanamente ignorati i segnali che imponevano l'abbandono delle prassi accreditate a vantaggio di una terapia personalizzata, che tenga conto anche della pluralità di patologie eventualmente presenti.

Parlare di colpa lieve o grave implica la doppia valutazione della misura “oggettiva” e “soggettiva” della colpa: il grado della rimproverabilità sarà legato alle condizioni del medico e al suo grado di specializzazione, alla difficoltà obiettiva di raccogliere e di applicare le informazioni cliniche, al grado di atipicità della malattia e dalle incognite sulla sua evoluzione, ma soprattutto alla situazione (“normale” o di emergenza) in cui il trattamento sanitario è stato compiuto, oltre che dalle risorse umane e terapeutiche disponibili. Solo per questa via, secondo le Sezioni unite, sarà possibile abbandonare la perversa tendenza, invalsa nei processi penali per colpa medica avviati negli ultimi decenni, a considerare la prestazione medica come un'obbligazione “di risultato”: il senso stesso della relazione terapeutica ne impone, invece, la natura ineluttabile di obbligazione “di mezzi”²³.

La colpa lieve è ora “intrinseca” alla formulazione del nuovo precetto, poiché la scelta di escludere la pena per il sanitario imperito che abbia correttamente riconosciuto e applicato le giuste linee guida, secondo una valutazione di adeguatezza condotta necessariamente *ex ante*, risulta comprensibile e logica solo in caso di errore colpevole “non grave”, seppure causativo dell'evento²⁴.

Profili di diritto intertemporale

La fisionomia della responsabilità colposa del medico tracciata dalle Sezioni unite, essenziale all'individuazione della legge più favorevole tra art. 3, 1° comma, L. n. 189/2012 e art. 590 *sexies* c.p. per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della L. n. 24/2017, è dunque la seguente.

L' esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per i fatti di cui artt. 589 e 590 c.p. commessi nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa, anche “lieve”, da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa, anche “lieve”, da imperizia qua-

lora il caso concreto non sia inquadrabile nelle raccomandazioni previste dalle linee guida o, in subordine, dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa, anche “lieve”, da imperizia nell'individuazione e nella scelta corretta delle linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali inadeguate alle specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa “grave” da imperizia nell'esecuzione di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali che siano *ex ante* adeguate, tenendo conto della soglia di rischio da gestire e delle peculiari difficoltà dell'atto medico.

Secondo quest' articolata sequenza logica, l'abrogata legge Balduzzi risulta senz'altro più favorevole ai fatti commessi sotto la sua vigenza rispetto alle condotte “negligenti” o “imprudenti” del sanitario commesse in presenza di tutti i requisiti strutturali della disposizione previgente, essendo queste qualifiche normative tassativamente escluse dall'alveo applicativo del più recente art. 590 *sexies* c.p.

Tornando invece all'imperizia, l'errore determinato da colpa “lieve” caduto sulla selezione delle linee guida e sulla conseguente appropriatezza della terapia, coperto dall'ampia previsione di cui all'art. 3, 1° comma, L. n. 189/2012, è oggi invece escluso dai confini semantici della nuova disposizione. Anche sotto questo aspetto, la legge Gelli-Bianco è decisamente meno favorevole della precedente.

Tra le due disposizioni a raffronto esiste, tuttavia, un nucleo comune, che escludeva – e continua a escludere – la punibilità per imperizia dell'errore medico “lieve” verificatosi nell'esecuzione e nella corretta applicazione di linee guida adeguate. Solo in rapporto a questa tipologia di casi, diventa ininfluenza per il giudice la qualificazione giuridica dello strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto liberatorio.

In verità, anche la creazione di un futuro catalogo delimitato e qualificato di linee guida potrebbe incidere in senso sfavorevole al medico, espandendo il perimetro della punibilità di una disposizione comunque destinata a operare rispetto ai soli artt. 589 e 590 c.p., e non più rispetto a “tutte” le fattispecie colpose realizzabili nell'esercizio delle professioni sanitarie.

In sostanza, l'area della non punibilità del medico si è sensibilmente ridotta, accompagnata dall'apparente scomparsa di ogni riferimento scusante al grado della colpa: solo l'interpretazione delle Sezioni unite ha consentito di attribuire all'opaco art. 590 *sexies* c.p. un significato ancora coerente con i principi costituzionali di eguaglianza e di colpevolezza.

Un caso emblematico di “ortopedia” ermeneutica

Rivelatore, in questo senso, un passaggio cruciale

²³ Sul punto, sia tollerato il rinvio a L. Riscato, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, 2 e segg.

²⁴ Esprime fondate perplessità sulla scelta di limitare l'ambito di non punibilità della previsione di cui all'art. 590 *sexies* c.p. alla sola

imperizia (sul diabolico presupposto della piena distinguibilità logico-concettuale tra le varie specie di colpa) A. di Majo, *Il giudizio di responsabilità del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia “guidata”*, in questa *Rivista* a pag. 841, cui si rinvia per l'approfondimento dei riflessi civilistici della sentenza in commento.

delle motivazioni sulla persistente valenza liberatoria della sola imperizia “lieve”: “la circoscrizione, dovuta alla legge Gelli-Bianco, della causa di non punibilità alla sola imperizia spinge ulteriormente verso l’opzione di delimitare il campo di operatività della causa di non punibilità alla ‘colpa lieve’, atteso che ragionare diversamente e cioè estendere il riconoscimento della esenzione da pena anche a comportamenti del sanitario connotati da “colpa grave” per imperizia – come effettuato dalla sentenza Cavazza – evocherebbe, per un verso, immediati sospetti di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento ingiustificata rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili, quali quelle connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza; determinerebbe, per altro verso, un evidente sbilanciamento nella tutela degli interessi sottesi, posto che la tutela contro la “medicina difensiva” e, in definitiva, il miglior perseguimento della salute del cittadino ad opera di un corpo sanitario non mortificato né inseguito da azioni giudiziarie spesso inconsistenti non potrebbero essere compatibili con l’indifferenza dell’ordinamento penale rispetto a gravi infedeltà alle *leges artis*, né con l’assenza di deroga ai principi generali in tema di responsabilità per comportamento colposo, riscontrabile per tutte le altre categorie di soggetti a rischio professionale; determinerebbe, infine, rilevanti quanto ingiuste restrizioni nella determinazione del risarcimento del danno addebitabile all’esercente una professione sanitaria ai sensi dell’art. 7 della legge Gelli-Bianco, poiché è proprio tale articolo, al 3° comma, a stabilire una correlazione con i profili di responsabilità ravvisabili *ex art. 590-sexies c.p.*”²⁵.

Sembra lecito ipotizzare che la lettura “ortopedica” delle Sezioni unite abbia salvato, almeno per il momento, l’art. 590 *sexies* c.p. dal vaglio della Corte costituzionale. E tuttavia, nonostante l’apprezzabile sforzo er-

menetico della Cassazione, restano in sospenso molte perplessità che trascendono l’angusto dettato lessicale della tormentata disposizione. Come giustificare, in previsione del contrasto alla medicina difensiva, la scelta legislativa di assoggettare a pena negligenza e imprudenza *lievi* e rispettose di linee guida qualificate, creando comunque marcate disparità di trattamento all’interno della medesima categoria professionale? Come interpretare la decisione di non derogare ai principi generali in materia di responsabilità colposa per altre professioni contraddistinte da elevati livelli di rischio scientifico? E soprattutto, come prevenire le azioni giudiziarie contro il medico in odore di colpevole imperizia in attesa di una sentenza (definitiva) che applichi, in senso liberatorio, l’art. 590 *sexies* c.p.?

La sensazione è che in Italia – nonostante l’attenzione degli studiosi²⁶ – non sia stata ancora sperimentata una vera, praticabile alternativa alla genesi annuale di decine di migliaia di floridi contenziosi penali per colpa medica, anche attraverso la valorizzazione di strumenti di conciliazione extragiudiziale, di mediazione e di risarcimento del danno già sperimentati con successo in altri Paesi europei²⁷: la previsione di un’angolata, ristrettissima, causa di non punibilità non impedisce certo la celebrazione del processo – anzi, ne presuppone proprio lo svolgimento – e non garantisce al medico soluzioni liberatorie che il giudice non è in grado ontologicamente di assicurare. Risolto il dubbio corposissimo sulla colpa lieve come presupposto intrinseco alla portata della nuova norma, resta la consapevolezza della continua mutevolezza delle linee guida e della loro non piena affidabilità nella valutazione della responsabilità penale del sanitario. Resta la consapevolezza, amara, che nell’attività sanitaria l’errore continua a essere fatale sia al paziente sia al medico. Con buona pace delle Sezioni unite.

Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali

Cassazione penale, Sez. VI, 28 dicembre 2017 (ud. 26 ottobre 2017), n. 57986 – Pres. Ippolito – Rel. Capozzi – P.G. Tampieri (parz. conf.) – Ric. F. e altri. *Riforma App. Roma, 13 giugno 2016.*

Associazione di tipo mafioso – Associazione per delinquere – Estrinsecazione della forza di intimidazione, controllo del territorio e alto numero di componenti – Non necessarietà

In fattispecie di mafia non “tradizionale” ai fini della configurabilità del reato di associazione di tipo mafioso,

la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l’incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale. Nello schema normativo previsto dall’art. 416 bis c.p. non rientrano solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti, e in grado di assicurare l’assoggettamento e l’omertà attraverso il terrore e la continua messa in pe-

²⁵ Sez. un., sent. n. 8870/2018, § 10.2. Corsivo nostro.

²⁶ V., per tutti, AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti-M. Catino-F. D’Alessandro-C. Mazzucato-G. Varraso, cit., *passim*.

²⁷ In prospettiva di evoluzione normativa, la soluzione più interessante è quella che istituzionalizza forme di giustizia mediata e riparativa in ambito medico: proprio l’inefficienza dimostrata,

nella materia *de qua*, dalla giustizia penale tradizionale giustificherebbe per sé sola l’adozione di più agili strumenti conciliativi extra o para-processuali, in cui il risarcimento del danno nei confronti della vittima conservi il senso di una disapprovazione dai riflessi pubblici. Per ulteriori considerazioni, volendo, L. Risicato, *L’attività medica di équipe*, cit., 84.

ricolo della vita delle persone, ma vi rientrano anche le piccole "mafie".

Per il testo della sentenza v. *www.cortedicassazione.it*, spec. § 10 e 11.

Tribunale di Roma, Sez. X, 16 ottobre 2017 (ud. 20 luglio 2017), n. 11730 – Pres. Ianniello – Giud. Orfanelli e Arcieri.

Associazione di tipo mafioso – Associazione per delinquere – Reati contro la p.a. senza violenza o minaccia – Esclusione – Estrinsecazione della forza di intimidazione ed assoggettamento ed omertà – Necessarietà di accertamento in concreto

La fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. richiede l'attualità e la concreta operatività del metodo mafioso tramite la verifica di tre requisiti specifici e cioè: la forza d'intimidazione, intesa come capacità dell'organizzazione di incutere paura in virtù della sua stabile e non occasionale predisposizione ad esercitare la coazione; l'assoggettamento, inteso come stato di sottomissione e succubanza psicologica delle potenziali vittime dell'intimidazione – individuate in base al territorio di influenza della consorteria criminale – derivante dalla convinzione dell'esposizione ad un grave ed ineludibile pericolo di fronte alla forza dell'associazione; l'omertà, intesa come presenza – sul territorio dominato – di un rifiuto generalizzato e non occasionale di collaborare con la giustizia, rifiuto e paura che si manifestano comunemente nella forma di testimonianze false e reticenti o di favoreggiamenti.

Dare spazio, nella interpretazione della norma e nel caso delle mafie non derivate, al tema della riserva di violenza, intesa come violenza solo potenziale, consapevolmente prefigurata dagli associati ma rivolta al futuro, condurrebbe ad una interpretazione estensiva non ammissibile – senza incorrere nella violazione del principio di legalità (nullum crimen, nulla poena sine lege) – oltre i limiti già ampi indicati dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alle sole mafie derivate.

È impossibile attribuire mafiosità all'associazione volta al conseguimento illecito di appalti pubblici mediante intese corruttive: ai fini del reato di cui all'art. 416 bis c.p. è necessario l'impiego del metodo mafioso e, dunque, il reato non si configura quando il risultato illecito sia conseguito con il ricorso sistematico alla corruzione, anche se inserita nel contesto di cordate politico-affaristiche ed anche ove queste si rivelino particolarmente pericolose perché capaci di infiltrazioni stabili nella sfera politico-economica.

Omissis. – La caratteristica specifica del modello associativo delineato dall'art. 416 bis c.p. risiede nella modalità – il metodo mafioso – attraverso cui l'associazione si manifesta concretamente.

Il metodo mafioso si connota dal lato attivo per l'utilizzazione, da parte degli associati, della carica intimidatrice nascente dal vincolo associativo e, dal lato passivo, per la situazione di assoggettamento e di omertà che da tale forza intimidatrice si sprigiona verso l'esterno dell'associazione, cioè nei confronti dei soggetti nei riguardi dei quali si dirige

l'attività delittuosa (v. Cass. Sez. 1, sent. n. 9604 del 12\12\2003).

Il metodo mafioso si sostanzia, perciò, nella sussistenza di tre requisiti specifici, tutti e tre necessari ed essenziali (*Omissis*) e cioè:

– 1) la forza d'intimidazione, intesa come capacità dell'organizzazione di incutere paura in virtù della sua stabile e non occasionale predisposizione ad esercitare la coazione;

– 2) l'assoggettamento, inteso come stato di sottomissione e succubanza psicologica delle potenziali vittime dell'intimidazione – individuate in base al territorio di influenza della consorteria criminale – assoggettamento derivante dalla convinzione dell'esposizione ad un grave ed ineludibile pericolo di fronte alla forza dell'associazione;

– 3) l'omertà, intesa come presenza – sul territorio dominato – di un rifiuto generalizzato e non occasionale di collaborare con la giustizia, rifiuto e paura che si manifestano comunemente nella forma di testimonianze false e reticenti o di favoreggiamenti.

La forza di intimidazione può esplicarsi "...nei modi più diffusi e disparati, sia limitandosi a sfruttare l'aura di intimidazione già conseguita dal sodalizio, sia ponendo in essere nuovi atti di violenza e di minaccia; nel primo caso, è evidente che il sodalizio è già pervenuto al superamento della soglia minima che consente di utilizzare la forza intimidatrice soltanto sulla base del vincolo e del suo manifestarsi in quanto tale all'esterno; nel secondo caso, gli atti di violenza o minaccia (o più semplicemente di intimidazione)... non devono realizzare l'effetto di per sé soli, ma in quanto espressione rafforzativa della precedente capacità intimidatrice già conseguita dal sodalizio" (Cass. Sez. 6, sent. n. 7627 del 31\1\1996).

Ed infatti "la violenza e la minaccia, rivestendo natura strumentale nei confronti della forza di intimidazione, costituiscono un accessorio eventuale, o meglio latente, della stessa, ben potendo derivare dalla semplice notorietà del vincolo associativo" (Cass. 4893\2000).

Ciò che rileva è che "sia trasmessa all'esterno la sensazione o, se si vuole, la persuasione della ineluttabilità del male o dei mali che vengono di volta in volta minacciati. (*Omissis*). Intimidazione non è la semplice coazione che si esercita in modo occasionale ma diretto nella estorsione, sibbene un perdurante stato di timore grave che induce a tenere i comportamenti richiesti anche a prescindere dall'attuale compimento di atti minatori e dalla circostanza che i delitti scopo siano caratterizzati di per sé dall'impiego strumentale di violenza (*Omissis*)". (Cass. sez. 6, sent. n. 35914 del 30\5\2001).

La forza di intimidazione del sodalizio "può sussistere anche a prescindere dalla sua concreta utilizzazione, giacché ciò che conta è che il timore suscitato dalla associazione risulti idoneo di per sé a creare uno stato di sottomissione, come conseguenza di una "fama criminale" consolidasi nel tempo" (Cass. Sez. 2, sent. n. 19483 del 16\4\2013) e può essere anche solo potenziale, in quanto idonea a "piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano in contatto con gli affiliati dell'organismo criminale"(Cass. Sez. 1 sent. n. 5888 del 10\1\2012).

È poi l'associazione e soltanto essa, indipendentemente dal compimento di specifici atti di intimidazione da parte dei singoli associati, ad esprimere il metodo mafioso e la sua capacità di sopraffazione, che rappresenta l'elemento strumentale tipico del quale gli associati si servono in vista degli scopi propri dell'associazione. È, pertanto, necessario che l'associazione abbia conseguito, in concreto, nell'ambiente circostante nel quale essa opera, un'effettiva capacità di intimidazione, sino a estendere intorno a sé un alone permanente di intimidazione diffusa, tale che si mantenga

vivo anche a prescindere da singoli atti di intimidazione concreti posti in essere da questo o quell'associato. È ovvio che, qualora emergano prove di concreti atti di intimidazione e di violenza, esse possono utilmente riflettersi anche sulla prova della forza intimidatrice del vincolo associativo; ma vi si riflettono solo in via ausiliaria.

(*Omissis*).

Quanto alla omertà, essa si correla “in rapporto di causa ad effetto, alla forza di intimidazione dell'associazione di tipo mafioso”; essa inoltre, per rilevare ai fini della configurazione del reato associativo in esame, deve essere “sufficientemente diffusa, anche se non generale, e può derivare non solo dalla paura di danni alla propria persona ma anche dall'attuazione di minacce che comunque possono realizzare danni rilevanti (*Omissis*)” (v. Cass. Sez. 6, sent. n. 1612 dell'11\1\2000; Cass. Sez. F., sent. n. 44315 del 12\9\2013).

È evidente che la carica di intimidazione, che genera assoggettamento ed omertà, non nasce dal nulla e che trae, invece, origine da condotte illecite coltivate nel tempo in modo sistematico le quali, in una certa fase di evoluzione del sodalizio, divengono metodo diffuso e producono assoggettamento ed omertà in un determinato contesto territoriale, più o meno ampio.

(*Omissis*).

Nelle mafie “storiche”, la carica intimidatoria autonoma costituisce elemento formatosi in conseguenza della progressiva pratica criminale già attuata in un determinato ambito territoriale, nel quale è stato esteriorizzato il metodo mafioso attraverso forme di condotta positive (Cass. sez. 6 n. 50064 del 16\9\2015).

Nei soli casi di delocalizzazione del fenomeno mafioso possono verificarsi (...) due ipotesi:

a) la “filiale” mutua la forza di intimidazione già conseguita dalla “casa madre” e dunque “si avvale”, nel nuovo territorio, di una forza di intimidazione già conseguita e divenuta notoria;

b) la “filiale” assume autonomia ed acquisisce in proprio (dunque mediante il ricorso diretto ad atti di violenza) capacità di intimidazione, della quale “si avvale”.

Invece, per le associazioni non riconducibili alle mafie storiche, occorre accertare se si siano verificati atti di violenza e/o di minaccia e se tali atti – al di là della finalizza-

zione alla commissione di specifici reati, realizzati in forma associata da una comune associazione per delinquere – abbiano sviluppato intorno al gruppo un alone permanente di diffuso timore, tale da determinare assoggettamento ed omertà e tale da consentire alla associazione di raggiungere i suoi obiettivi proprio in conseguenza della “fama di violenza” ormai raggiunta.

La riserva di violenza consiste nella possibilità che l'associazione – forte dei metodi violenti già praticati – sfrutti la fama criminale già conseguita senza compierne di ulteriori e riservandone l'uso ai casi in cui ciò si riveli indispensabile: tuttavia, tale situazione può realizzarsi solo in quelle associazioni criminali che siano derivate da altre associazioni, già individuabili come mafiose per il metodo praticato, e non può invece configurarsi nei casi delle mafie di nuova formazione, attesa la formulazione dell'art. 416 bis c.p., unica norma posta a disposizione del Tribunale dalla volontà del legislatore.

La fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. richiede, infatti, l'attualità e la concreta operatività del metodo mafioso (dirimente in tal senso l'uso, nella formulazione normativa, dell'indicativo presente “coloro che ne fanno parte... si avvalgono (e non: possono avvalersi o si avvarranno) della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento ed omertà”).

Dare spazio, nella interpretazione della norma e nel caso delle mafie non derivate, al tema della riserva di violenza, intesa come violenza solo potenziale, consapevolmente prefigurata dagli associati ma rivolta al futuro, condurrebbe ad una interpretativa estensiva non ammissibile – senza incorrere nella violazione del principio di legalità – oltre i limiti già ampi indicati dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alle sole mafie derivate.

In conclusione, estendere ancora l'interpretazione della norma fino ad includervi anche il concetto di riserva di violenza per le mafie non derivate, condurrebbe il Tribunale ad un'operazione di innovazione legislativa della fattispecie criminosa, innovazione che – per quanto auspicabile – si collocerebbe inevitabilmente fuori dell'ambito della giurisdizione.

Così delineato il contesto normativo ed interpretativo, ritiene il Tribunale che nei fatti accertati non sia configurabile il reato di associazione mafiosa. – *Omissis*.

Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso

Giuseppe Amarelli*

Le sentenze Cass. pen. n. 57986/2017 e Tribunale di Roma 16 ottobre 2017 fanno luce sul problema della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso in relazione alle neoformazioni criminali autoctone che non siano diretta filiazione di consorterie “storiche”. Tuttavia, una loro disamina rivela, oltre ad alcuni profili comuni, anche opinabili divergenze interpretative. In particolare, la decisione della S.C. sembra, in taluni passaggi, richiamare quella concezione rarefatta del metodo mafioso avallata, di recente, da una parte della giurisprudenza in materia di mafie silenziose al nord, concezione che, però, rischia di trasfigurare *contra legem* una fattispecie associativa ‘mista’ come quella ex art. 416 bis c.p. in una ‘pura’ come quella ex art. 416 c.p.

Il problema dell'estensione del delitto di associazione di tipo mafioso alle mafie locali

Secondo il c.d. modello culturalista, il fenomeno mafioso, nelle sue diverse declinazioni regionali, sa-

rebbe dovuto restare geograficamente circoscritto nel ben delimitato contesto d'origine del Mezzogiorno d'Italia, rappresentando uno dei tanti problemi che alimentano da circa due secoli la questione meridionale. La progressiva evoluzione sociale e culturale del-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

le aree del sud della penisola, infatti, avrebbe dovuto impedirne l'espansione verso nord in zone con un alto tasso di "civismo" e – in una prospettiva di ancor più lungo periodo – decretarne la completa estinzione¹.

Sennonché, la "profezia della palma" di Sciascia prima², e la storia e le indagini socio-criminologiche poi, hanno confutato questa fausta e banalizzante prognosi, rivelando lo sconcertante ed opposto dato, non solo, della irradiazione verso il settentrione delle mafie "storiche", ma anche, quello solo apparentemente affine, della riproduzione delle loro dinamiche di funzionamento da parte di gruppi criminali autoctoni e stranieri³.

Se nessun dubbio si pone oggi circa la possibilità di ritenere configurato il delitto di associazione mafiosa rispetto a sodalizi che operano in aree differenti da quelle classiche del meridione, sia quando ne costituiscono una "filiale" operativa, sia quando ne siano una ramificazione ancora inerte⁴, molti ne sorgono relativamente all'eventuale qualificazione in termini mafiosi di gruppi criminali locali (sia autoctoni che stranieri) operanti in regioni del centro-nord e completamente svincolati da qualsiasi consorceria riferibile ad una delle tante mafie tradizionali⁵.

Ed invero, se sotto il primo versante si ritiene che la dilatazione della fattispecie associativa mafiosa al di là del suo archetipo originario non si ponga in contrasto

con il principio di legalità, almeno nei casi di concreta estrinsecazione della forza di intimidazione, residuando dubbi solo per quelli delle mafie c.d. silenziose⁶, non altrettanto può dirsi sotto il secondo versante, rischiando una simile opzione ermeneutica di alterarne il tipo criminoso sagomato su un preciso substrato empirico-criminologico, tramite l'innesto di fenotipi del tutto eterogenei.

Proprio tale ultima e nuova questione è venuta alla ribalta nelle separate vicende giudiziarie di "mafia capitale" e "mafia ostiense" quando si è trattato di stabilire se le due (ben diverse) associazioni locali laziali fossero effettivamente mafiose e, quindi, se si potesse ravvisare per i loro componenti, in luogo della fattispecie associativa comune di cui all'art. 416 c.p., la più grave di cui all'art. 416 bis c.p.

Dopo una lunga attesa, un grande clamore mediatico e opposti tentativi di deformazione populista da parte, da un lato, dei fautori del "tutto è mafia" e, dall'altro, di quelli del "nulla è mafia"⁷, le divergenti decisioni che si annotano hanno dimostrato quanto sia difficile fornire una soluzione corretta del problema. Anche rispetto a questa terza sotto-categoria criminologica mafiosa delle neo-mafie autoctone alligna, infatti, l'insidia di assistere ad una pericolosa svalutazione del requisito strutturale "modale-oggettivo" del

¹ Sui diversi "modelli" elaborati dalle scienze sociali per cercare di definire le mafie v., *ex multis*, R. Sciarrone, *Mafie vecchie mafie nuove*, Roma, II ed., 2009, XVIII e segg.; S. Lupo, *Storia della mafia*, Roma, 2004, 11 e segg.; I. Sales, *Storia dell'Italia mafiosa*, Soveria Mannelli, 2015, 13 e segg.

² Come ricorda G. Pansa, *I casalesi a Cuneo*, in *L'Espresso*, 25 settembre 2008, già negli anni Settanta Sciascia osservava che così come per il riscaldamento del pianeta la linea di crescita delle palme sale verso il nord di un centinaio di metri all'anno, anche la linea della mafia sale ogni anno.

³ Sul punto sia consentito rinviare al nostro *La contiguità politico-mafiosa*, Roma, 2017, 39 e segg.

⁴ F. Varese, *Mafie in movimento*, Torino, 2011, *passim*; A. Alessandri, a cura di, *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord*, Torino, 2017; C. Visconti, *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, in *www.treccani.it*, 1 e segg.; F. Serraino, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 264 e segg.; R.M. Sparagna, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *www.penalecontemporaneo.it*; A. Balsamo-S. Recchione, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, ivi, 18 ottobre 2013, 1 e segg.; nonché, in giurisprudenza Cass., Sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851, in *Il penalista*, 24 luglio 2017; Cass., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850; Cass., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera; Cass., Sez. II, 21 aprile 2015, n. 34147, Agostino; e Cass., Sez. V, 2015, n. 21562, Novembrini, che danno conto del contrasto esistente tra un primo orientamento per il quale per le nuove mafie al nord è sufficiente per integrare il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. che il sodalizio presenti evidenti connotati di "mafiosità" sul piano organizzativo "interno"; ed un secondo che, invece, reputa necessaria la prova dell'esteriorizzazione del "metodo mafioso", quale riflesso dell'avvalersi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e dell'assoggettamento e omertà che ne deriva".

⁵ In realtà, prima delle recenti decisioni il tema era stato affrontato e risolto negativamente in tempi risalenti da Cass., Sez. VI, 12.6.1984, Chamonal, in *Foro It.*, 1985, II, 169, in una vicenda relativa ad un'associazione criminale creata all'interno della

struttura del casinò di Saint Vincent, su cui v. L. Fornari, *Il metodo mafioso, dall'effettività dei requisiti al "pericolo di intimidazione" derivante da un contesto criminale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 giugno 2016, 11; e da Cass., Sez. VI, 10 giugno 1989, n. 11204, Teardo, in relazione ad un'associazione di pubblici ufficiali liguri per la commissione di concussioni e corruzioni. Più di recente, è stato toccato affermativamente da Cass., Sez. I, 19 aprile 2012, n. 35627, Maniero, con cui è stata riconosciuta la natura mafiosa della "mala del Brenta".

⁶ Per mafie silenziose si intendono le cosche formate in aree non a tradizione mafiosa, secondo analoghi rituali di affiliazione e con una struttura organizzativa articolata e gerarchica mutuata dalla "casa madre". Sul punto, cfr. C. Visconti, *Associazione di tipo mafioso*, cit. A favore di questa discussa lettura estensiva della fattispecie associativa mafiosa v. da ultimo Cass., Sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851. In senso conforme, Cass., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850, relativa ad un caso di una filiale 'ndranghetista a Torino, in cui è stato ribadito che "il reato di cui all'art. 416 bis c.p. è configurabile – con riferimento ad una nuova articolazione periferica (c.d. "locale") di un sodalizio mafioso radicato nell'area tradizionale di competenza – anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice, qualora emerga il collegamento della nuova struttura territoriale con quella "madre" del sodalizio di riferimento, ed il modulo organizzativo (distinzione di ruoli, rituali di affiliazione, imposizione di rigide regole interne, sostegno ai sodali in carcere, ecc.) presenti i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando concretamente presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico". Nonché, in relazione a locali lombarde, Cass., Sez. VI, 5 giugno 2014, n. 30059, c.d. processo *Infinito-1*; Cass., Sez. II, 21 aprile 2015, n. 34147, c.d. processo *Infinito-2*; Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 18459, c.d. processo *Cerberus*; ed in relazione a locali piemontesi Cass., Sez. II, 23 febbraio 2015, n. 15412, c.d. processo *Minotaur*; Cass., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, c.d. processo *Albachiera*. In senso difforme, considera il requisito dell'intimidazione un dato di effettività da accertare in concreto, Cass., Sez. I, 13 febbraio 2006, in *Cass. Pen.*, 2007, 2778 e segg., con nota di G. Borrelli.

⁷ C. Visconti, *La mafia è dappertutto. Falso*, Roma-Bari, 2016.

c.d. metodo mafioso, a causa del ricorso all'analoga e censurabile modulistica ermeneutica già impiegata da una parte della giurisprudenza per l'altro sottotipo delle "mafie silenziose".

Una lettura sinottica dei principali passaggi argomentativi delle loro parti motivate lascia, invero, trapeolare uno scenario contraddittorio, in cui si può cogliere una parziale continuità in alcuni punti, ma anche alcune pericolose difformità in altri.

Se, per un verso, entrambe condividono "sulla carta" il rifiuto di dirimere la questione sulla base di precomprensioni ermeneutiche ipotecate dal "comune sentire" ed incentrate su di un concetto vago ed onnivoro di "mafiosità" capace di adattarsi ad ogni gruppo criminale autoctono, purché strutturato, organizzato e sufficientemente diffuso in un certo contesto locale o sociale. Per altro verso, nella sostanza, solo la sentenza "mafia capitale" è coerente con questa protasi, operando nell'apodosi un puntuale scrutinio di questo elemento, mentre la sentenza F. – pur potendolo fare sulla scorta del compendio probatorio a disposizione – opta per una sua valutazione rarefatta, avallando anche per le mafie locali la denunciata tendenza – invalsa per il sottotipo delle "locali" mafiose al nord – a trasformare il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. da fattispecie associativa mista in fattispecie associativa pura, sminuendone impropriamente un elemento costitutivo strutturale indefettibile.

La vicenda "mafia capitale" e l'argomentata soluzione negativa del Tribunale di Roma

Ma procediamo con ordine, analizzando partitamente i principali snodi delle pronunce in epigrafe su cui si sono fondate le divergenti conclusioni in ordine alla asserita "mafiosità" dei due clan.

Nella prima decisione, quella del Tribunale di Roma con cui si è concluso, dopo circa due anni, il primo grado di giudizio del caso "mafia capitale", è stata confutata l'impostazione accusatoria della Procura capitolina – condivisa in sede cautelare da due ordinanze gemelle della Corte di Cassazione del 2015⁸ – escludendo la qualificazione mafiosa dell'associazione criminale riferibile a C. e B. che aveva dato vita ad una fitta rete di illecite relazioni corrotte politico-affaristiche e, in parte minore, usuraie – peraltro, con altri compartecipi ed in ambienti differenti –, ravvisando,

al contrario, la sussistenza della figura associativa semplice di cui all'art. 416 c.p. in relazione a due distinte organizzazioni criminali, una, principale, finalizzata alla commissione di reati contro la p.a., l'altra, secondaria, all'esercizio del credito usuraio⁹.

Secondo i giudici del merito, se è condivisibile la ricostruzione in fatto della realtà criminale romana sostenuta dalla Procura, non lo è la sua qualificazione giuridica in termini mafiosi, dal momento che una più attenta disamina del materiale probatorio restituisce risultati differenti se operata unitamente ad una corretta interpretazione della nozione di metodo mafioso che tenga conto della sua tassativa definizione "giuridica" fornita dall'art. 416 *bis* comma 3 c.p.¹⁰ e non di quella "empatica" e slabbrata affermatasi in una parte del diritto vivente, soprattutto in relazione alle citate mafie del nord¹¹.

Pur essendo corretto ritenere – concordemente a quanto affermato anche dalle menzionate decisioni cautelari della S.C.¹² – che l'art. 416 *bis* c.p., plasmato in origine, nel 1982, ad immagine e somiglianza del modello criminologico delle associazioni siciliane, non precluda oggi la possibilità di considerare mafiosi anche gruppi criminali non tradizionalmente tali "che ne praticino tuttavia i metodi"¹³, è però anche vero che un'associazione per delinquere si può qualificare mafiosa unicamente a determinate e plurime condizioni oggettive, non bastando l'accertamento dell'esistenza di una ridotta organizzazione criminale locale finalizzata all'infiltrazione nelle gare pubbliche e annoverante tra i suoi affiliati un soggetto dotato di una propria fama criminale pregressa.

Segnatamente, un sodalizio può dirsi mafioso solo quando sia costituito per realizzare, anche alternativamente, taluno degli obiettivi illeciti o leciti, descritti dal 3° comma dell'art. 416 *bis* c.p. (*i.e.*: commissione di delitti; acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche o pubbliche; realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti; impedimento od ostacolo del libero esercizio del voto) ed i suoi partecipi si avvalgano effettivamente (non basta cioè che intendano avvalersi in futuro) della forza di intimidazione promanante direttamente dal vincolo associativo e della situazione di assoggettamento e di omertà che questa *vis*, irresistibile ma non sempre necessariamente esplicitata, produce nei confronti dei soggetti

⁸ Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, nn. 24535 e 24536, in *Cass. Pen.*, 2016, 112 e segg., con nota di A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "mafia capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in cui è stata ravvisata la forza intimidatrice "mafiosa" nella "creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politiche ed elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, [aveva determinato] un sostanziale annullamento della concorrenza", instillando nei potenziali interlocutori uno stato di sudditanza e omertà. Sul punto C. Visconti, *A Roma una mafia c'è. E si vede*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 giugno 2015; L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., 1 e segg.

⁹ Per un commento v. E. Zuffada, *Per il tribunale di Roma "mafia capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 11, 270 e segg.; S. De

Flammoneis, *Impresa mafiosa e impresa vittima: segmenti di intersecazione e la figura del concorrente esterno estorto*, ivi, 2018, n. 2, 149 e segg.

¹⁰ Sulla necessità di valorizzare la nozione "giuridica" e tassativa di mafia tracciata dall'art. 416 *bis* c.p. v. G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, II ed., 2008, 104 e segg.

¹¹ V. le decisioni indicate a nt. 6 e, in parte, pubblicate in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di C. Visconti, *I giudici di legittimità alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*.

¹² La S.C. in quella occasione ha ribadito che "sarebbe errato ritenere che la fattispecie in esame possa applicarsi solo a quelle associazioni mafiose conosciute in un determinato ambito storico e geografico".

¹³ Così Trib. Roma, Sez. X, 16 ottobre 2017, n. 11730, 3150; conforme, Cass., Sez. II, 16 aprile 2013, n. 19583.

nei riguardi dei quali si dirige l'attività delittuosa o che da essa vengono lambiti¹⁴.

Oltre il perseguimento delle specifiche finalità ora elencate, ciò che conta più di ogni cosa per definire l'autonomo e ragguardevolmente più grave disvalore dell'associazione mafiosa è il dato oggettivo (richiesto espressamente dall'art. 416 *bis* c.p.) del ricorso sistematico e costante al c.d. "metodo mafioso"¹⁵ "per acquisire spazi di potere politico-economico reale"¹⁶. Tale metodo, però, non può essere presunto, in assenza di atti concreti di violenza, sulla scorta di una mera capacità di intimidazione potenziale degli associati, legata alla fama personale di qualcuno di essi o ai riti di affiliazione seguiti o ai legami intrattenuti con la casa madre (come sostenuto dalla giurisprudenza già richiamata per le mafie silenziose e dalle decisioni cautelari della S.C. in questa vicenda), ma deve essere desunto dalla contestuale ricorrenza di "tre requisiti specifici e cioè: la forza d'intimidazione, intesa come capacità dell'organizzazione di incutere paura in virtù della sua stabile e non occasionale predisposizione ad esercitare la coazione; l'assoggettamento, inteso come stato di sottomissione e succubanza psicologica delle potenziali vittime dell'intimidazione – individuate in base al territorio di influenza della consorteria criminale – derivante dalla convinzione dell'esposizione ad un grave ed ineludibile pericolo di fronte alla forza dell'associazione; l'omertà, intesa come presenza – sul territorio dominato – di un rifiuto generalizzato e non occasionale di collaborare con la giustizia, rifiuto e paura che si manifestano comunemente nella forma di testimonianze false e reticenti o di favoreggiamenti"¹⁷.

Aspetto qualificante è, dunque, il conseguimento da parte dell'associazione nell'ambiente territoriale in cui opera (o, come affermato dalla giurisprudenza in relazione alle mafie straniere, anche in ridotte cerchie sociali, quali, ad esempio, gli stranieri irregolari¹⁸) di una reale e propria capacità di condizionamento dell'agire altrui derivante da un alone permanente di capacità soprafattrice¹⁹; capacità che può anche prescindere

dalla commissione di singoli atti violenti o estorsivi nei reati-scopo nel caso di organizzazioni già "famigerate"²⁰ per l'efficienza dimostrata "sul campo" nell'esercizio della coercizione fisica e morale²¹, mentre, nell'ipotesi di nuove formazioni criminali, deve essere il frutto di "atti di violenza e/o minaccia"²².

Ciò significa che, soprattutto, in presenza di agglomerati delinquenziali autonomi e di nuova formazione, come quello romano operante in limitati contesti ambientali (la sola infiltrazione negli appalti pubblici), che aspirino a divenire mafie "autoctone" ma siano al momento privi di una pregressa e riconosciuta "tradizione mafiosa", è imprescindibile – in ragione del differente substrato criminologico – la verifica in concreto degli elementi costitutivi della fattispecie, ed in particolare dell' "avvalersi" – non in potenza, bensì in atto – della carica intimidatrice derivante dal vincolo associativo che determina in un dato contesto sociale condizioni di assoggettamento e di omertà²³, pena, altrimenti, un'interpretazione estensiva del dato letterale in "palese violazione del principio di legalità"²⁴.

In questo caso la riserva di violenza – o c.d. "violenza potenziale" –, che può bastare a qualificare in termini mafiosi una "filiale" della "casa madre" (purché però, a nostro avviso, accompagnata da atti espliciti della sua esistenza e dalla percezione succube nel territorio della sua fama), non è sufficiente alla configurazione del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., essendo l'associazione di "mafia capitale" volta prevalentemente "al conseguimento illecito di appalti pubblici mediante intese corrottive" di carattere paritario e dialogico, senza l'impiego effettivo della forza di intimidazione derivante dalla sua pregressa notorietà criminale²⁵.

Più precisamente, "mafia capitale" non è un unico clan mafioso operante pervasivamente e in modo sistematicamente intimidatorio nel territorio romano, o anche in alcuni suoi delimitati contesti sociali, ma è solamente "un'aggregazione criminale di più soggetti, articolata in due differenti associazioni per delinquere nettamente separate, per la commissione di un nume-

¹⁴ Cass., Sez. I, 12 dicembre 2013, n. 9604.

¹⁵ A. Dell'Osso, *I "limiti" del reato di associazione di tipo mafioso di fronte alla "Mafie in trasferta"*, in A. Alessandri, a cura di, *Espansione*, cit., 66 e segg.

¹⁶ G. Grasso, *Compatibilità tra la struttura del reato di cui all'art. 416-bis ed i moduli organizzativi della criminalità straniera*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, 2010, Torino, IV, 1784.

¹⁷ Così Trib. Roma, cit., 3152.

¹⁸ Sulla configurabilità dell'art. 416 *bis* c.p. rispetto alle mafie straniere cfr. Cass., Sez. VI, 30 maggio 2001, n. 35914, Hsiang, relativa alla mafia cinese, il cui snodo principale è lo svincolamento dell'associazione dal controllo del territorio, ritenendo sufficiente la subornazione di ristretti gruppi etnici o sociali (in senso conforme Cass., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 24803, Claire, relativa alla mafia nigeriana).

¹⁹ M. Ronco, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. Romano-G. Tinebra, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 139.

²⁰ Segnala come le mafie storiche possano avvalersi di una mera capacità potenziale di intimidazione connessa alla radicata e diffusa consapevolezza nel contesto di incidenza di un rischio imminente di esibizione di forza già collaudata L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., 19 e segg. Lo stesso A. evidenzia come, al contrario, non sia condivisibile la tendenza invalsa a riferire la locuzione

"capacità di intimidazione" ad una potenzialità futura di dispiegamento del metodo mafioso da parte di un sodalizio ancora inerte.

²¹ In tal senso G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 105 e seg.; G.A. De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987, 309; G. De Vero, *I reati associativi nell'odierno diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 405.

²² Cass., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 50064.

²³ G. Forti, *Art. 416-bis*, in A. Crespi-G. Forti-G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1002 e segg., osserva come non sia possibile che un nucleo criminale di "nuova" formazione presenti da subito i tratti della consorteria mafiosa, essendo a tal fine necessario un periodo di "gavetta" nel corso del quale far nascere e maturare – attraverso atti di violenza o minaccia – la fama criminale da cui origina la forza intimidatrice.

²⁴ Trib. Roma, cit., 3136. Nello stesso senso Cass., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera, cit.

²⁵ Anche Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, cit., quando ha confermato l'ordinanza di custodia cautelare, ha sottolineato che l'associazione in questione risultava concepita in maniera pressoché esclusiva per generare una fitta rete politico-affaristica tramite il ricorso al "metodo corrottivo" piuttosto che a quello mafioso.

ro indeterminato di reati in settori ben distinti: quello dell'usura e del recupero crediti mediante attività estorsive e quello relativo al conseguimento di appalti pubblici mediante corruzioni (...) e turbative d'asta". Questi "due mondi", nati separatamente, separati sono rimasti, trovando "nelle figure di C. e di Br. (suo stretto collaboratore) (...) l'elemento di contatto (...) senza, tuttavia, che la loro presenza sia stata sufficiente a determinarne la fusione ed a generare un *unicum* operativo nel quale ciascuno fosse consapevole e partecipe del complesso delle attività compiute e programmate dagli altri".

Avverso il riconoscimento della caratura mafiosa di queste organizzazioni criminali milita anche un altro elemento evidenziato dalla sentenza che si potrebbe definire "genetico-ereditario", vale a dire l'assenza di un nesso di diretta discendenza da altre temibili formazioni del passato da tempo sciolte, quali la banda della M. ed i N. a. r., in cui uno dei principali imputati aveva militato. L'antica fama criminale di queste organizzazioni, difatti, non si estende ai due nuovi gruppi del "mondo di mezzo", ma, al più, avvolge il solo C. a titolo personale in ragione della sua peculiare storia individuale²⁶.

Al contrario, per i giudici, la natura associativa pura delle fattispecie in esame è evidenziata da indicatori di segno opposto, quali il costante ricorso a lunghe negoziazioni e ad onerose intese con i funzionari pubblici; il numero esiguo delle vittime di minacce estorsive ed usuraie; la mancanza di allusioni alla forza mafiosa del gruppo da parte dei suoi esponenti; l'assenza di una sudditanza timorosa negli interlocutori; e l'inesistenza di un sodalizio alle spalle ben definito, dotato di un proprio nome o "cifra identitaria" di riconoscimento (non esiste, infatti, alcun clan "mafia capitale")²⁷. In particolare, manca nel caso di specie una controparte intimidita e condizionata nei suoi comportamenti dalla forza di intimidazione, anche solo potenziale, promanante dal clan²⁸, in quanto, da un lato, i pubblici funzionari erano persone a libro paga del sodalizio che traevano un consistente vantaggio economico dalla vendita delle loro funzioni e, dall'altro, i concorrenti nei settori economici che l'organizzazione intendeva controllare (*i.e.* le altre imprese interessate ai medesimi appalti "pilotati") erano imprenditori che vedevano comprese le proprie possibilità di successo dall'alterazione delle regole della concorrenza e del mercato a causa delle condotte corruttive degli altri protagonisti della vicenda, piuttosto che dal metodo mafioso (le gare venivano vinte agevolmente, grazie ad un oliato

sistema di tangenti, senza neanche il bisogno di dissuadere le imprese concorrenti)²⁹. Con ciò non si vuole negare che i fatti *lato sensu* corruttivi possano essere reati-fine di un'organizzazione mafiosa e che si collochino in un ambito fenomenicamente asintotico rispetto a quello della soggezione mafiosa, ma semplicemente dire che se costituiscono la prevalente attività di un gruppo criminale di nuova formazione, senza l'esteriorizzazione delle metodologie mafiose nei confronti dei p.u. o dei privati interessati, non può ravvisarsi il *quid pluris* di disvalore oggettivo che distingue un'associazione mafiosa da una comune³⁰.

Inoltre, se letta tra le righe, la decisione in commento pare confermare come la mafiosità di un'associazione dipenda anche da altri fattori che, complessivamente intrecciati, rivelano la sua effettiva forza di intimidazione, quali: la "base" violenta o estorsiva dei reati commessi; l'utilizzo o l'agevole disponibilità di armi da parte dei suoi affiliati; e la concreta sensazione dell'utilizzo della violenza per far valere le proprie pretese rispondenti al programma criminale dell'associazione (le minacce, raramente, erano utilizzate per il recupero dei crediti).

Infine, l'insussistenza del metodo mafioso è dimostrata anche dal fatto che l'associazione in parola non ha alcun territorio di riferimento assoggettato, sotto qualsiasi forma, al suo controllo; mentre "è solo esercitando la propria presenza e la propria azione entro un dato contesto – territoriale o perlomeno sociale – che il sodalizio può esprimere quella carica intimidatrice che deriva *ex se* dal vincolo associativo, e di cui gli affiliati si avvalgono per perseguire finalità lecite o illecite"³¹.

Dall'esclusione della qualifica mafiosa delle associazioni è discesa come corollario anche l'esclusione di entrambe le aggravanti dell'ambientazione mafiosa di cui all'art. 7, L. n. 203/1991, sia, ovviamente, di quella teleologica-soggettiva, per la cui sussistenza è richiesta l'esistenza di un'associazione di tipo mafioso, sia di quella oggettiva, che prescinde da tale dato, non emergendo sul fronte probatorio la prova dell'uso del metodo mafioso nell'esecuzione dei singoli reati di corruzione. Come precisa la decisione in commento, infatti, non affiora "da nessuna risultanza istruttoria (...) che alcuno dei correi, in chiave strumentale alla intimidazione, abbia fatto riferimento diretto o lasciato intendere l'esistenza di una associazione mafiosa, risultando semmai il contrario e cioè che i correi erano ben attenti a non svelare, più dello stretto necessario, gli stessi legami tra loro esistenti e la comunità degli intenti e delle azioni"³².

²⁶ Come ha rilevato Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2000, n. 1612, Ferone, allorché "la forza di intimidazione sia soltanto la risultante delle qualità soggettive di alcuni componenti il sodalizio, si potrà ipotizzare un'associazione per delinquere comune, ma non certo un'associazione per delinquere di tipo mafioso" (in senso conforme di recente, relativamente ad una vicenda di 'ndrangheta, Cass., Sez. I, 26 giugno 2014, n. 41735, Pelle). Evidenzia tale profilo E. Zuffada, *Per il tribunale di Roma*, cit., 282, osservando che il "timore reverenziale suscitato dal "mito del capo" non può mai bastare per qualificare una associazione come mafiosa".

²⁷ Come rileva A. Apollonio, *Rilievi critici*, cit., 137 e segg., l'assenza di un "marchio", pur non essendo elemento essenziale

di fattispecie, è comunque un segnale di carenza, o di non riscontrabilità, di quella tendenza all'espansione e alla "diffusività" (e riconoscibilità) del fenomeno associativo su cui la giurisprudenza insiste. ²⁸ A. Apollonio, *Rilievi critici*, cit., 130.

²⁹ V. ancora A. Apollonio, *Rilievi critici*, cit., 130; nonché L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., 27.

³⁰ G.M. Flick, *Le regole di funzionamento delle imprese e dei mercati. L'incompatibilità con il metodo mafioso: profili penalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 914; A. Apollonio, *Rilievi critici*, cit., 133.

³¹ A. Apollonio, *Rilievi critici*, cit., 133.

³² Trib. Roma, Sez. X, cit., 3140.

La (ben diversa) vicenda “mafia ostiense” e la confusa risposta affermativa della S.C.

Come si è accennato in apertura, nella seconda sentenza annotata, quella della Suprema Corte con cui è stata messa – temporaneamente – la parola fine all’altra nota vicenda laziale del clan F. di Ostia, si è pervenuti alla conclusione diametralmente opposta, disponendo l’annullamento con rinvio della decisione del giudice del gravame che aveva escluso la natura mafiosa dell’associazione.

Tuttavia, se l’esito di tale pronuncia risulta condivisibile, così come la sua *pars destruens* dedicata a smontare il ragionamento seguito dalla Corte di Appello, non lo sono altrettanto le argomentazioni utilizzate per motivarlo, dal momento che le varie massime collazionate disordinatamente dalla S.C., in maniera un po’ stereotipa e anodina, non fanno chiarezza sulle ragioni che avrebbero dovuto condurre a riscontrare la natura mafiosa di questa associazione in ossequio al paradigma c.d. a struttura mista della fattispecie di cui all’art. 416 *bis* c.p.

Ed infatti, in primo luogo, la decisione in parola prende le mosse da un principio di diritto già affermato dalla giurisprudenza in altre occasioni in base al quale per integrare il requisito della forza di intimidazione non si richiede che la vis intimidatoria sia indirizzata a minacciare la vita e l’incolumità personale di taluno, ma è sufficiente, come nella vicenda in esame, che riguardi “le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti”, anche se “il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale”.

In secondo luogo, si rimarca l’irrilevanza della pervasività dell’organizzazione nel territorio, segnalando come non solo, a monte, essa esuli dai parametri oggettivi esplicitati nella fattispecie dell’art. 416 *bis* c.p., ma come, a valle, non sia stata comunque oggetto di accertamento in questa circostanza.

Infine, si evidenzia come la figura associativa mafiosa non si riferisca unicamente a grandi sodalizi ad alto numero di appartenenti, con un elevato numero di vittime, dotate di mezzi finanziari imponenti e di una straordinaria forza intimidatrice rispetto alla vita ed incolumità delle persone che gravitano in una certa zona, ma si attagli anche alle piccole mafie, non necessariamente armate (l’uso delle armi è una mera circostanza aggravante), che controllano un limitato territorio, o un determinato settore di attività, avvalendosi del metodo dell’intimidazione da cui scaturiscono assoggettamento ed omertà, intesi non in termini di “generale terrore”, ma di rifiuto “sufficientemente diffuso” a collaborare con gli organi dello Stato³². Addirittura, “anche una sola condotta, considerata in rapporto alle sue specifiche modalità ed al

tessuto sociale in cui si esplica, può esprimere di per sé la forza intimidatrice del vincolo associativo”. E, infatti, “non è necessaria la prova che l’impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrata in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione, essendo sufficiente la prova di tale impiego munito della connotazione finalistica richiesta dalla suddetta norma incriminatrice (Cass., Sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851, Garcea)³⁴”, dal momento che il legislatore nell’ultimo comma dell’art. 416 *bis* c.p., destinato ad estendere alle altre mafie la fattispecie, ha fatto riferimento al solo profilo dell’avvalimento della forza di intimidazione, senza menzionare le conseguenze dell’assoggettamento e dell’omertà in quanto profili caratterizzanti le sole mafie tradizionali.

Come si può notare, il panorama giurisprudenziale invocato dalla pronuncia in esame è espressivo di un orientamento esegetico dell’art. 416 *bis*, 3° comma, c.p. meno fedele alla *littera legis* e funzionale ad estenderne per ragioni di *law enforcement* l’applicabilità alle mafie silenti, considerando sufficiente la sussistenza di un’associazione caratterizzata dal “mero fine” dell’esercizio del metodo mafioso, piuttosto che dalla sua concreta esplicitazione.

La sentenza poggia, cioè, su di una discutibile interpretazione della figura associativa mafiosa originata dal timore di circoscriverne la configurabilità “solo all’interno di realtà territoriali storicamente o culturalmente permeabili dal metodo mafioso”, ignorando “la mutazione genetica delle associazioni mafiose che tendono a vivere e prosperare anche ‘sott’acqua’, cioè mimetizzandosi nel momento stesso in cui si infiltrano nei gangli dell’economia produttiva e finanziaria e negli appalti di opere e servizi pubblici”³⁵.

L’avvertita necessità di riconoscere l’essenza mafiosa del clan F., probabilmente, ha condotto la S.C. a fare “impulsivamente” ricorso a principi di diritto discutibili che tendono a rendere più vaporoso (in maniera irragionevole) l’elemento nevralgico del metodo mafioso per le associazioni criminali non storicamente mafiose.

La parte motiva della pronuncia in esame, infatti, non analizza nel dettaglio i requisiti della intimidazione, dell’assoggettamento e dell’omertà, ma restituisce un’immagine diafana del concetto di metodo mafioso che degrada il delitto di cui all’art. 416 *bis* c.p. al rango di fattispecie associativa c.d. pura, per integrare la quale non si ha riguardo alla presenza penetrante nel territorio dell’organizzazione, alla sua stabile e diffusa fama criminale ed alla capacità di condizionamento di tutti i soggetti che interloquiscono con i suoi affiliati, inducendoli a non denunciare i reati subiti o non collaborare con la giustizia nello svolgimento delle indagini volte ad accertare la loro commissione, ma

³² In senso conforme Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2000, n. 1612; Cass., Sez. F., 12 settembre 2013, n. 44315.

³³ In senso conforme Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2000, n. 1612; Cass., Sez. F., 12 settembre 2013, n. 44315.

³⁴ Nello stesso senso v. Cass., Sez. II, 23 febbraio 2015, n. 15412, Agresta.

³⁵ Cass., Sez. II, 23 febbraio 2015, n. 15412, Agresta.

si reputa sufficiente un accertamento a livello solo potenziale della forza di intimidazione.

Tale opzione ermeneutica si colloca in linea di continuità con altre recenti pronunce già richiamate in precedenza e caratterizzate da un comune “autoritarismo ben intenzionato” in forza del quale si ammette la possibilità di riscontrare la mafiosità di un’associazione prima ancora della estrinsecazione delle sue attività onde evitare di vanificare i risultati ottenuti dall’a.g. sul piano investigativo e il conseguente vantaggio di essere arrivati in anticipo individuando la “cellula” prima ancora che arrivasse a maturazione³⁶.

Tuttavia, essa sembra porsi in aperto contrasto con la lettura dell’art. 416 *bis* c.p. fornita dal Primo Presidente della Corte di Cassazione quando, sollecitato a disporre un intervento delle Sezioni Unite sul problema della sua applicabilità alle “mafie al nord”, non ha ravvisato un contrasto giurisprudenziale tale da potersi comporre solo attraverso un pronunciamento del massimo organo della nomofilachia³⁷, affermando, al contrario, che è condiviso il principio di diritto che richiede la estrinsecazione della capacità di intimidazione “non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti”.

Nonché pare entrare in frizione anche con un’altra rilevante decisione in materia di legislazione antimafia, la sentenza n. 48/2015 della Corte costituzionale relativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare anche per il concorrente esterno, oltre che per il partecipe, in cui è stato valorizzato quale elemento caratterizzante il delitto di associazione mafiosa il rapporto tra forza di intimidazione e condizione di assoggettamento e di omertà in termini di causa-effetto offensivo³⁸.

Senza trascurare che rischia, addirittura, di lasciar pensare che la S.C. abbia dovuto impiegare questa piattaforma argomentativa tralaticia, ispirata ad una concezione associativa pura dell’art. 416 *bis* c.p., perché nel caso di specie, sulla scorta del materiale probatorio acquisito, non poteva ritenere ancora compiuto il processo di evoluzione del clan F. da associazione semplice ad associazione mafiosa, ma solamente presagire gli imminenti sviluppi.

Senonché le cose stanno diversamente, poiché la natura mafiosa del gruppo sarebbe stata ugualmente ravvisabile da parte della Corte valutando tutti gli elementi che, in forza del principio di legalità, devono essere sempre verificati per evitare di stravolgere la

fisionomia dell’art. 416 *bis* c.p., comprimendo il suo *ubi consistam* rappresentato dal metodo mafioso e, cioè, la forza di intimidazione, dal lato del soggetto attivo, e la condizione di assoggettamento e di omertà, da quello dei soggetti passivi³⁹.

Una più scrupolosa osservazione del compendio probatorio restituisce l’immagine di un’organizzazione criminale che, come quelle mafiose storiche, in ragione della sua stessa esistenza, già delinque, essendo dotata di un’autonoma forza di intimidazione scaturente dal vincolo associativo e facendo leva sull’assoggettamento ed omertà che da ciò, a sua volta, origina, comprimendo – a prescindere dalla commissione di reati-scopo – stili di vita, libertà e diritti di parte delle persone che abitano in un determinato territorio o che appartengono a circoscritte cerchie sociali. In questo caso depongono in tal senso una pluralità di indicatori fattuali riscontrati nel giudizio di merito, quali l’ampiezza ed indeterminatazza del programma criminale; la varietà e molteplicità dei reati contestati tutti, prevalentemente, a base violenta-estorsiva – si spazia dall’usura, alle estorsioni, passando per il trasferimento fraudolento di valori, la subornazione dei testimoni e l’uso e la disponibilità continua delle armi –; la rigorosa organizzazione gerarchica interna ed il rispetto riservato ai vertici; la stabile incidenza egemonica in un determinato ambito geografico e la conflittualità con un altro gruppo criminale locale; l’uso e la disponibilità costante di armi; la percezione di questa possibilità da parte dei consociati; nonché il *metus* circostante i suoi affiliati in qualunque ambito, sia illecito che lecito.

Tutti questi aspetti, se osservati in modo unitario e non parcellizzato, risultano espressivi di un potere coercitivo e di soggezione dell’associazione conquistato nel tempo tramite la gestione di costanti attività criminali a base violenta-estorsiva.

Per quanto attiene agli ulteriori requisiti della condizione di assoggettamento e di omertà derivanti dalla capacità di intimidazione del gruppo, essi – come peraltro dice espressamente anche la sentenza F. nel § 11.2 – possono ritenersi provati dall’assenza di denunce e di collaborazione processuale da parte di coloro che avevano subito condotte intimidatorie o uno dei numerosi reati del clan⁴⁰; nonché dai rapporti intessuti con figure professionali locali, che non risultano instaurati sulla base di una reciproca convenienza e di un dialogo paritario, come nella vicenda “mafia capitale”, bensì in termini di succube sudditanza ai voleri del sodalizio.

³⁶ Sostengono tale lettura A. Balsamo-S. Recchione, *Mafie al Nord*, cit., 12; *contra* A. Dell’Osso, *I “limiti” del reato di associazione di tipo mafioso*, cit., 69.

³⁷ Come sottolineato da L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., 28, il mancato coinvolgimento delle S.U. ha rappresentato un’occasione perduta per definire un orientamento univoco, prevedibile ed accessibile dai potenziali destinatari della norma, coerentemente con quanto richiesto dalla legalità convenzionale, anche perché, a dispetto della *reconductio ad unum* operata dal Primo presidente della S.C., il panorama giurisprudenziale si presenta tutt’altro che assestato su posizioni stabili.

³⁸ Valorizza la decisione della Corte cost., n. 48/2015, quale elemento a sostegno di un’interpretazione “forte” del metodo mafioso V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 1025; L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., 31.

³⁹ G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 112, desume “senza possibilità di dubbio dalla congiunzione “e” impiegata nel testo normativo” l’essenzialità di tutti e tre gli aspetti per la configurazione del delitto *ex art.* 416 *bis* c.p.

⁴⁰ Cass., Sez. II, 15 maggio 2015, n. 25360, cit.; nonché, già Cass., Sez. VI, 10 giugno 1989, n. 11204, Teardo, cit.

Elementi comuni e differenziali delle due decisioni

Dal raffronto delle due sentenze emergono sensazioni contrastanti, registrandosi una parziale convergenza su alcuni profili e una significativa divergenza su altri, in ragione di qualche sbandamento contenuto nella sentenza F.

In particolare, entrambe condividono l'astratta possibilità di configurare il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. in presenza di associazioni criminali operanti in regioni diverse da quelle del Mezzogiorno ed in assenza di legami di derivazione con le mafie tradizionali, ribadendo che la fattispecie incriminatrice usa solo come prototipo queste ultime, ma ammette la possibilità di sussumere al suo interno qualunque altra associazione si avvalga del metodo mafioso.

Così come concordano nell'interpretazione dell'elemento dell'omertà e dell'assoggettamento, rilevando come debba essere sempre provato verificando una serie di comportamenti dei soggetti che hanno avuto rapporti di qualsiasi tipo con le associazioni, dall'assenza pressoché totale di denunce da parte delle vittime dei reati, alla mancanza di collaborazione processuale nei procedimenti penali relativi a questi ultimi, fino alle condotte mendaci o reticenti tenute per proteggerne gli autori per il timore di possibili ritorsioni ecc.

Analogamente, seppur senza esplicitarlo, entrambe paiono rivelare alcuni dati spesso non adeguatamente valorizzati in questo campo, vale a dire: la correlazione tra la mafiosità di un'associazione e la tipologia dei reati commessi a base violenta/estorsiva; l'utilizzo o la disponibilità di armi da parte dei suoi affiliati; la percezione della possibilità del ricorso alla violenza da parte dei suoi interlocutori.

Meno netta è, invece, la posizione delle due sentenze sul profilo cruciale della forza di intimidazione e sul ruolo del controllo territoriale.

Mentre la sentenza "mafia capitale" accorda un ruolo centrale ad entrambi gli aspetti, ritenendo che presupposto logico-fattuale necessario per poter ravvisare la prima sia la pregressa e stabile infiltrazione dell'associazione in un certo territorio, o contesto sociale, la sentenza F. ritiene tale aspetto irrilevante, anche perché condivide un concetto di "forza di intimidazione" sfumato, configurabile, addirittura, in presenza di un singolo atto violento o estorsivo e, a prescindere, dal livello di percezione diffusa nelle persone che interloquiscono con il gruppo criminale.

Ebbene, sotto questo profilo, pare cogliere maggiormente nel segno la prima decisione che si incanala in un solco già tracciato di recente dalla Cassazione in una pronuncia in cui è stata esclusa la sussistenza del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. in relazione ad un'altra associazione criminale autoctona, il c.d. terzo si-

stema napoletano, affermando che un'organizzazione non può essere qualificata come "associazione mafiosa" semplicemente perché ne riproduce le "modalità operative", occorrendo la dimostrazione del "radicamento del gruppo criminale sul territorio", "l'effettiva ed attuale capacità di intimidazione", con il corollario di "comportamenti omertosi" e una "solida" ed "efficiente organizzazione"⁴¹.

Inoltre, come ha ammesso anche la giurisprudenza fautrice di un orientamento estensivo del metodo mafioso per le mafie silenziose, nel caso di una neoformazione criminale che si presenta quale struttura autonoma ed originale, ancorché caratterizzata dal proposito di utilizzare la stessa metodica delinquenziale delle mafie storiche, "è imprescindibile la verifica, in concreto, dei presupposti costitutivi della fattispecie *ex* art. 416 *bis* c.p., tra cui la manifestazione all'esterno del metodo mafioso, quale fattore di produzione della tipica condizione di assoggettamento ed omertà nell'ambiente circostante"⁴².

Come si può desumere anche dalla sentenza del Tribunale di Roma e in qualche *obiter* anche da quella della S.C., in questi casi la forza di intimidazione non deve essere sempre, indissolubilmente, correlata con l'effettivo compimento di atti intimidatori e violenti. Essa, anzi, può derivare dalla fama criminale che l'associazione si è conquistata con precedenti condotte di sopraffazione che lascino presagire alle potenziali vittime un futuro ricorso alla forza per il raggiungimento del proprio programma criminale⁴³, o anche sostanzarsi nella sola "spendita del nome" della cosca di riferimento, ovviamente se essa sia dotata di sicura forza evocativa⁴⁴ e sia accreditata come temibile centro di potere⁴⁵.

D'altronde, la forza di intimidazione non è una modalità che deve caratterizzare l'azione dei singoli affiliati e, dunque, esprimersi sempre in fatti violenti o estorsivi, ma è qualcosa di ben diverso, incarnando un elemento strutturale dell'associazione stessa (più precisamente, il requisito strumentale di cui gli associati si avvalgono in vista della realizzazione dei suoi scopi⁴⁶) che contraddistingue il tipo criminoso dell'art. 416 *bis* c.p.

Ciò significa che per le associazioni mafiose tradizionali o per quelle c.d. derivate può anche prescindere dal concreto uso della violenza o della sopraffazione nella realizzazione dei vari reati-scopo laddove esista un *metus* percepito dal contesto sociale in cui operino, ma non anche per quei gruppi criminali autonomi, nati e operanti in contesti estranei alle mafie classiche e che ambiscono ad assumere i crismi della "mafiosità", dal momento che essendo ancora privi di fama criminale abbisognano per intimorire, inevitabilmente, del ricorso alla violenza o, almeno, dell'esplicita allusione a tale possibilità.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 1 marzo 2017, n. 27094, in *Guida Dir.*, 2017, n. 26, 69.

⁴² Così Cass., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850, cit. In dottrina L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., 21, mette in luce che se "si tratta di associazioni "nuove" che tentano di introdurre metodi di stampo mafioso, non si vede come l'ambiente esterno possa già avvertire una carica intimidatrice autonomamente scaturente dal

metodo mafioso".

⁴³ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2011, 494; A. Barazzetta, in E. Dolcini-G. Gatta, *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 1650.

⁴⁴ Cass., Sez. II, 15 maggio 2015, n. 25360.

⁴⁵ Cass., 10 luglio 2007, Brusca, n. 237619.

⁴⁶ G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 113.

La matrice teorica da non svalutare: il distinguo tra fattispecie associative “pure” e “miste”

L'importanza della verifica di tutti gli elementi caratterizzanti il metodo mafioso esplicitata dalla sentenza “mafia capitale” e, in parte, contraddetta da quella F., trova un solido riscontro nella differenziazione esistente a livello dommatico e, prim'ancora, letterale tra il delitto associativo comune e quello di tipo mafioso⁴⁷.

Mentre il primo incrimina un'associazione *per delinquere*, prescindendo dall'effettiva realizzazione dei delitti-scopo e dando vita ad un'anticipazione della tutela penale di dubbia compatibilità con il principio di offensività⁴⁸, il secondo (a differenza di tante altre fattispecie associative qualificate “pure” disseminate nella parte speciale o nella legislazione complementare) non consente di dare rilevanza a mere proiezioni programmatiche del sodalizio, come sarebbe stato invece possibile qualora si fosse usata la diversa locuzione “intendono valersi” in luogo di “si avvalgono”, ma tipizza “un'associazione *che* delinque, poiché esercita attraverso l'intimidazione un controllo immanente sul corpo sociale di riferimento e perché mercé l'intimidazione riesce a guadagnare assoggettamento e omertà”⁴⁹.

Mentre il primo, cioè, risulta ascrivibile nella controversa sotto-categoria dei reati c.d. “meramente associativi” che puniscono “per ciò solo” l'associarsi allo scopo di commettere delitti in deroga alle regole generali in materia di concorso di persone nel reato, il secondo appare riconducibile nell'altra, più pregnante e facilmente compatibile con i principi di offensività e proporzionalità delle pene⁵⁰, dei reati associativi c.d. a “struttura mista”, in cui il legislatore non si limita ad incriminare il far parte di un gruppo criminale finalizzato alla commissione di delitti, come invece ritiene una parte della dottrina⁵¹, ma specifica dettagliatamente le caratteristiche strutturali e dinamico-funzionali che l'associazione deve presentare, richiedendo per la configurazione del reato un *quid pluris* rispetto al dato organizzativo pluripersonale⁵²: l'esistenza di una concreta *vis* intimidatoria promanante dal vincolo associativo e capace, da sola, a prescindere dal ricorso alla violenza da parte dei singoli associati, di condi-

zionare i comportamenti dei consociati in un certo contesto territoriale, conculcandone già così libertà e diritti fondamentali⁵³.

Alla luce di tale premessa teorica, si comprendono le motivazioni che portano a ritenere preferibile l'esegesi del requisito del metodo mafioso impiegata dalla sentenza “mafia capitale” rispetto a quella F.

Solo la prima risulta conforme alla base legale dell'art. 416 *bis* c.p. che usa l'espressione “si avvalgono” all'indicativo presente e richiede *expressis verbis* – anche per giustificare le severissime pene oggi comminate dopo l'ennesimo inasprimento del 2015 – la necessaria verifica dei tre requisiti oggettivi della “mafiosità”. La seconda, invece, richiama in modo disordinato orientamenti giurisprudenziali già discutibilmente forgiati per le mafie in movimento che condividono una concezione della fattispecie quasi in termini associativi puri, ritenendo sufficiente accertare la sussistenza delle specifiche finalità esplicitate dall'art. 416 *bis* c.p.

Uno sguardo *oltre* le sentenze: la tendenza alla “sociologizzazione” delle fattispecie mafiose

Al di là di tali evidenziate divergenze, se lette in filigrana, le due sentenze mostrano un'altra interessante, ma scivolosa, radice comune: la tendenza alla “sociologizzazione” delle fattispecie incriminatrici a “colorazione” mafiosa⁵⁴.

Entrambe rivelano la permeabilità dell'art. 416 *bis* c.p. rispetto all'eterogenea consistenza empirico-criminologica dei gruppi protagonisti delle vicende giudiziarie, dimostrando come la diversa caratterizzazione dell'associazione criminale – mafiosa-storica, mafiosa-migrata o mafiosa-autoctona – riverberi effetti sugli elementi necessari a provare la sua sussistenza, ma non ne stravolga la tipicità legale, obliterandone un elemento costitutivo.

Pur celando tale processo il pericolo di generare un assurdo dimorfismo del tipo criminoso della associazione di tipo mafioso ed una deleteria “processualizzazione delle categorie penalistiche”, definendone una fluttuante struttura a geometria variabile a seconda delle realtà socio-criminologiche a cui dovrebbe attagliarsi, in realtà, se ben osservato alla luce di una

⁴⁷ G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1984, 62 e segg.; G. De Vero, *I reati associativi*, cit., 405; Id., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, 285 e segg.; G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 121 e segg.; V. Maiello, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, X, Milano, 2007, 527 e seg.; nonché, in termini solo parzialmente coincidenti, A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 70 e segg.; G. Turone, op. cit., 134 e segg., i quali propongono una lettura “intermedia” del reato associativo, che enfatizza la fama criminale e la struttura organizzativa interna del clan, svalutando però, pericolosamente, i suoi riflessi concreti sul contesto sociale esterno.

⁴⁸ A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, 93 e segg.

⁴⁹ Così M. Ronco, *L'art. 416-bis nella sua origine*, cit., 61.

⁵⁰ Sul punto C. Visconti, *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord*, cit.

⁵¹ Per un'interpretazione “riduzionista” del metodo mafioso v. G. Fiandaca, Commento all'art. 1 l. 3 settembre 1982 n. 646, in

Leg. Pen., 1983, 259 (il quale, successivamente, ha mutato orientamento in Criminalità organizzata e controllo penale, in Studi in onore di Giuliano Vassalli, Milano, 1991, 57); G. Di Lello Finuoli, *Associazione di tipo mafioso e problema probatorio*, in *Foro It.*, 1984, V, 248; A. Balsamo-S. Recchione, *Mafie al Nord*, cit., 1 e segg.

⁵² Sul distinguo tra reati meramente associativi e a struttura mista v. G. Spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 156.

⁵³ R. Cantone, *Associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 2011, 121 e segg., rileva come la teoria della fattispecie associativa mista sia l'unica capace di tradurre in un fatto empiricamente percepibile l'elemento normativo-sociale del metodo mafioso, altrimenti indeterminato.

⁵⁴ Analogo fenomeno si è riscontrato in relazione al delitto di scambio elettorale *con* metodo mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p. in seguito alla riforma del 2014. Sul punto si veda il nostro *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 334 e segg.

corretta valorizzazione della base legale di riferimento, restituisce un dato fisiologico e comprensibile⁵⁵.

In un sistema a legalità formale, il metodo mafioso non è, né può diventare, un elemento costitutivo “eventuale” del tipo criminoso, la cui sussistenza deve essere provata solo per le nuove associazioni criminali e non anche per quelle tradizionali e per quelle gemmate al nord, ma ancora inerti. Al contrario, è, e deve restare sempre, un requisito modale indefettibile della tipicità e, quindi, oggetto inevitabile di scrupolosa verifica processuale.

Se non si esclude, quindi, in radice la estensibilità alle nuove mafie autoctone dell’art. 416 *bis* c.p., ritenendo illogico che si possa provare la natura mafiosa di un sodalizio facendo leva su elementi di fatto (la violenza e l’intimidazione esplicita) che ne dovrebbero attestare, teoricamente, la sua esclusione, ciò che può ragionevolmente cambiare è il materiale probatorio necessario a suffragarne la sussistenza. Per la precisione, per le vecchie associazioni si dovrà riscontrare l’esistenza di un diffuso alone di intimidazione prodotto dal vincolo associativo ed effettivamente percepito nel territorio (o contesto sociale) dove esse incidono, anche a prescindere da atti violenti, potendo far leva sulla pregressa e consolidata fama criminale; mentre per le nuove, si dovrà accertare la sussistenza di comportamenti espliciti e concreti tali da riprodurre le dinamiche violente ed estorsive tipiche delle associazioni mafiose e le condizioni di assoggettamento ed omertà che da queste discendono.

Attuali e tangibili manifestazioni di sopraffazione possono essere inessenziali unicamente qualora basti a condizionare la popolazione (o almeno categorie di soggetti) la preesistente (seppur latente) “fama criminale” del gruppo, vale a dire la capacità di intimidazione riscontrabile nella diffusa consapevolezza di un rischio immanente di esibizioni di una forza già collaudata in passato; al contrario, sono indispensabili, diversamente da quanto sostenuto da una parte della giurisprudenza⁵⁶, quando il sodalizio sia dotato di una capacità di intimidazione latente, intesa quale potenzialità futura di dispiegamento del metodo mafioso ancora mai usato: in questa diversa situazione, difatti, non ci si trova al cospetto di un gruppo che non ha impiegato atti esterni di violenza perché non necessari, grazie alla pregressa carica intimidatoria che lo avvolgeva, ma di uno che non ha ancora esercitato, nemmeno attraverso la spendita di nomi, alcuna metodologia mafiosa⁵⁷.

Diversamente opinando, si arriverebbe alla *contradictio in adiecto* di rendere più agevole la prova del medesimo reato rispetto alle nuove mafie, non richiedendosi per esse l’esteriorizzazione del metodo mafioso in tutte le sue componenti oggettive, con buona pace anche del principio di proporzionalità e ragionevolezza della pena, legittimando l’inflizione delle severissime sanzioni di cui all’art. 416 *bis* c.p. in situazioni in cui manchi il tratto distintivo del suo autonomo disvalore: l’avalimento del metodo mafioso.

La forza di intimidazione ed i suoi “effetti riflessi” dell’assoggettamento e dell’omertà devono, quindi, sempre essere accertati, potendo variare solo il loro modo di manifestarsi in base ai sottotipi applicativi enucleabili all’interno della fattispecie associativa mafiosa: utile in tal senso, nei casi di “capacità potenziale” non estrinsecata per ragioni di inopportunità, potrebbe essere la discussa categoria della causalità psichica di recente utilizzata *contra reum* dalla giurisprudenza nella sentenza *Grandi rischi* per sostenere la responsabilità penale, per omicidi colposi plurimi, del vice presidente della Protezione civile autore di alcune interviste “rassicuranti” sull’onda sismica in corso⁵⁸. In assenza di comportamenti violenti attuali degli associati, la forza di intimidazione potrebbe essere, cioè, ravvisata quando si dimostri che l’esistenza stessa del clan e la sua percezione nel territorio o in gruppi più o meno ristretti di persone abbia determinato un diffuso ed apprezzabile stato di succubanza e timore sulla scorta di dati oggettivi esteriori quali, ad esempio, la totale assenza di denunce di reati gravi; la mancata collaborazione processuale nei procedimenti penali ad essi relativi; la commissione di falsi processuali per coprirli; il ritiro da tutte le gare pubbliche in cui partecipano enti collegati ad un certo gruppo criminale ecc.

Breve: anche se desunta da aspetti meno inequivoci, la forza di intimidazione deve sempre sussistere in concreto, altrimenti si rischia di assistere ad un pericoloso uso strumentale, per ragioni simbolico-espressive e di prevenzione generale negativa, del delitto di associazione mafiosa per far fronte a qualsiasi episodio di criminalità organizzata di elevato allarme sociale.

Inoltre, ragionando diversamente, si può determinare un assurdo stravolgimento del significato del concetto di mafia, facendone perdere di vista gli aspetti che ne definiscono quella peculiare consistenza capace di legittimare il ricorso ai rigori repressivi dell’art. 416 *bis* c.p.

⁵⁵ Segnala tali pericoli C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2014, 35.

⁵⁶ Cass., Sez. I, 10 gennaio 2012, n. 5888, Garcea.

⁵⁷ In tal senso L. Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., 21.

⁵⁸ Cass., Sez. IV, 25 marzo 2016, n. 12478, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1498 e segg., con nota di C. Valbonesi, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi Rischi"*.

Diritto Processuale Penale

a cura di Giorgio Spangher

con Piermaria Corso e Alfredo Gaito

■ Sentenze straniere

Cassazione penale, Sez. VI, 23 gennaio 2018 (c.c. 22 novembre 2017), n. 3075 – Pres. Paoloni – Est. Mogini – P.M. Perla – Ric. C.A. *Annulla con rinvio Corte d'Appello di Milano, 31 marzo 2017.*

Sentenza penale straniera – Rapporti giurisdizionali con autorità straniera – Mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri dell'UE – Qualificazione giuridica del fatto di reato

Ai sensi dell'art. 10, D.Lgs. n. 161/2010 la Corte territoriale deve procedere a verificare quale fattispecie astratta di reato sia nell'ordinamento interno riconducibile, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla denominazione, il fatto per il quale è intervenuta la sentenza di condanna oggetto di riconoscimento; la mera traduzione del "nomen juris" attribuito al reato dalla legislazione straniera non rappresenta una qualificazione giuridica vincolante per l'Autorità giudiziaria italiana, la quale deve al riguardo procedere in modo autonomo con riferimento alle specifiche e concrete connotazioni del fatto accertato ed in relazione alle pertinenti norme penali interne. (Massima non ufficiale).

Omissis. – *Ritenuto in fatto.* 1. C.A. ricorre avverso la sentenza in epigrafe, che ha disposto il riconoscimento, a fini di esecuzione in Italia ex art. 4 della Decisione Quadro del Consiglio europeo 2008/909/MIA del 27/11/2008, della sentenza penale straniera pronunciata il 21/6/2015 dalla Birmingham Crown Court, irrevocabile il 23/7/2015, con la quale il ricorrente, cittadino italiano, è stato dichiarato colpevole del delitto di *manslaughter* (nella nota di trasmissione del certificato datata 5/1/2017 le Autorità del Regno Unito traducono il termine come "omicidio preterintenzionale") e, a lui riconosciuto il vizio parziale di mente, è stato condannato alla pena dell'ergastolo (*discretionary life sentence*), con pena minima da scontare pari a sei anni di reclusione.

(Omissis)

2. Il ricorrente censura la sentenza impugnata per i seguenti motivi.

2.1. Motivazione manifestamente illogica laddove la Corte territoriale ha disposto il riconoscimento della sentenza straniera nonostante l'ordinamento italiano non preveda la pena dell'ergastolo per il delitto di omicidio preterintenzionale al quale si riferisce la condanna. *(Omissis)*

2.2. Violazione del D.Lgs. n. 161 del 2010, art. 10, comma 5. Accertata l'incompatibilità della pena inglese con quella prevista in Italia, la Corte territoriale avrebbe dovuto procedere all'adattamento della pena ai sensi della norma testé citata. *(Omissis)*

Considerato in diritto.

1. Il ricorso è fondato, nei limiti e termini di seguito indicati.

Il Collegio osserva preliminarmente che per procedere al riconoscimento della sentenza di condanna emessa in un altro Stato membro dell'Unione europea, ai fini della sua esecuzione in Italia, la Corte territoriale deve, tra l'altro, accertare che la durata e la natura della pena o della misura di sicurezza applicate nello Stato di emissione siano compatibili con quelle previste in Italia per reati simili (D.Lgs. n. 161 del 2010, art. 10, comma 1, lett. f, e comma 5).

Per individuare il tipo di pena o di misura di sicurezza applicabile nell'ordinamento italiano al fatto ritenuto nella sentenza oggetto di riconoscimento, e la relativa cornice editale, la Corte di appello deve quindi necessariamente determinare a quale fattispecie astratta di reato sia nell'ordinamento interno riconducibile quel fatto, "indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla denominazione" (così, testualmente, il D.Lgs. n. 161 del 2010, art. 10, comma 1, lett. e).

Se la durata e la natura della pena e della misura di sicurezza applicate con la sentenza di condanna sono incompatibili con quelle previste in Italia per reati simili, la Corte di appello procede al loro adattamento. In tal caso, la durata e la natura della pena o della misura di sicurezza adattate non possono essere inferiori alla pena o alla misura di sicurezza previste dalla legge italiana per reati simili, né più gravi di quelle applicate dallo Stato di emissione con la sentenza di condanna (D.Lgs. n. 161 del 2010, art. 10, comma 5).

Orbene, la Corte territoriale non ha dato corretta applicazione alle norme testé richiamate. In primo luogo, essa non ha proceduto a verificare a quale fattispecie astratta di reato sia nell'ordinamento italiano riconducibile, "indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla denominazione" (D.Lgs. n. 161 del 2010, art. 10, comma 1, lett. e) il fatto per il quale è intervenuta la sentenza di condanna oggetto di riconoscimento.

Tale sentenza riguarda infatti il delitto di *manslaughter*, che nella nota di trasmissione in lingua italiana del certificato datata 5/1/2017 le Autorità del Regno Unito traducono come "omicidio preterintenzionale". Si tratta peraltro di una mera traduzione, che non rappresenta una qualificazione giuridica vincolante per l'Autorità giudiziaria italiana *(omissis)*.

(Omissis)

Nel caso di specie, il provvedimento oggetto di riconoscimento procede ad una minuziosa descrizione della condotta omicidiaria là dove, tra l'altro, afferma che "senza dubbio si è trattato di un attacco sostenuto e furioso attuato con un'arma mortale" e che, anche se il C. era in stato maniacale, egli aveva l'intenzione di uccidere la vittima. Ciò determina con chiarezza la qualificazione giuridica del fatto

in diritto italiano nell'ambito della fattispecie di omicidio volontario di cui all'art. 575 cod. pen.

Per tale fatto-reato, non sono state contestate al C., o ritenute nella sentenza oggetto di riconoscimento, aggravanti di sorta. Risulta al contrario che l'attuale ricorrente era al momento del fatto affetto da schizofrenia (*omissis*).

Ciò che ha determinato il giudice inglese a riconoscere al C. una capacità di intendere e volere grandemente scemata nel momento in cui ha commesso il fatto in ragione della malattia mentale da cui era affetto (corrispondente al vizio parziale di mente di cui all'art. 89 cod. pen.), nonché le ulteriori attenuanti correlate al corretto comportamento *post factum* dell'imputato, che si è tra l'altro da subito sottoposto regolarmente e attivamente alle necessarie cure farmacologiche e psicologiche, e alla sua scelta di dichia-

rarsi colpevole, riconducibili nell'ordinamento interno all'art. 62 bis cod. pen. e art. 444 cod. proc. pen.

È del tutto evidente, dunque, che in Italia per il richiamato reato di cui all'art. 575 cod. pen., non aggravato e anzi connotato da imputabilità ridotta e dalle indicate attenuanti, nonché dalla riduzione di pena riconosciuta dall'Autorità giudiziaria inglese in ragione della scelta del rito (Sez. 4, n. 10885 del 09/02/2012, Marsalone e altro, Rv. 252025), è prevista unicamente la pena della reclusione (art. 23 cod. pen.) e non già quella dell'ergastolo (art. 22 cod. pen.).

(*Omissis*)

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte di appello di Milano.
-*Omissis*.

Riconoscimento di sentenze di altri Stati membri dell'UE: l'individuazione della fattispecie di reato

Claudia Larinni*

La Corte di cassazione è recentemente intervenuta per chiarire alcuni profili problematici in materia di riconoscimento di sentenze penali di condanna emesse dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione Europea. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che, al fine di valutare se la natura ed il *quantum* della pena applicata dal giudice straniero siano compatibili con la legislazione italiana (art. 10, 1° comma, lett. f) e 5° comma, D.Lgs. n. 161/2010), occorre previamente stabilire a quale fattispecie incriminatrice, nell'ambito dell'ordinamento italiano, può essere ricondotto il fatto di reato per il quale il soggetto è stato condannato all'estero. La pronuncia in esame si inserisce in un quadro di rinnovato interesse per la materia dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere, a seguito delle rilevanti modifiche apportate al Libro XI del codice di procedura penale da parte del D.Lgs. n. 149/2017.

Il D.Lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 e il principio del mutuo riconoscimento

Con la sentenza 23 gennaio 2018 (c.c. 22 novembre 2017), n. 3075, la Corte di cassazione è tornata a pronunciarsi sulle condizioni di riconoscimento delle sentenze penali emesse dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'Unione Europea. La materia è stata recentemente oggetto di dibattito in dottrina, a seguito dell'intervento del d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, che ha apportato rilevanti modifiche al Libro XI del codice di procedura penale¹.

Nell'ambito di tale novella, risultano particolarmente rilevanti le nuove previsioni relative al riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra Stati membri dell'Unione Europea (artt. 696-696 *decies* c.p.p.).

In considerazione delle direttive e dei criteri indicati nella legge-delega (art. 4, L. 21 luglio 2016, n. 149), il legislatore ha posto al centro dell'intervento normativo il principio del *mutuo riconoscimento*, ora espressamente sancito dall'art. 696 *bis* del codice di rito. Esso prevede che le decisioni e gli altri provvedimenti giudiziari emessi dalle autorità competenti degli Stati

membri devono essere eseguiti nel territorio dello Stato italiano (mutuo riconoscimento in senso *passivo*) e che, al contempo, l'autorità giudiziaria italiana deve richiedere l'esecuzione dei propri provvedimenti negli altri paesi membri (mutuo riconoscimento in senso *attivo*). Pertanto, in presenza di specifici presupposti, gli effetti giuridici della decisione giudiziaria adottata nello Stato membro di emissione sono equiparati a quelli dei provvedimenti adottati nello Stato membro di esecuzione della decisione stessa².

Il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri dell'UE nel settore dell'esecuzione delle sentenze penali è stato codificato dal Trattato di Lisbona, trovando oggi una più generale affermazione negli artt. 70 e 82, par. 1, T.F.U.E. Il mutuo riconoscimento è infatti qualificato come fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea, in quanto essenziale ai fini della creazione di uno spazio giudiziario europeo comune e dell'attuazione di una cooperazione giudiziaria improntata a criteri di efficacia, tempestività e semplificazione³. Il riconoscimento

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Si vedano: M.R. Marchetti, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. Pen. Proc.*, 12, 2017; A. Leopizzi, *La nuova disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Il penalista*, Focus del 19 ottobre 2017.

Per un approfondimento in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere, si veda P. Tonini, *Manuale di procedura*

penale, Milano, 2017, 1060 e segg.

² Per un approfondimento sul punto, si vedano: J.R. Spencer, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, in R. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 277 e segg.; A. Klip, *European Criminal Law*, Intersentia, Cambridge, 2009, 330 e segg.

³ Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il principio del mutuo riconoscimento di cui all'art. 82, par. 1, T.F.U.E. è fondato su una particolare fiducia reciproca

e la conseguente esecuzione di una sentenza di condanna consente anche di realizzare la finalità rieducativa della pena, sancita nel nostro ordinamento dall'art. 27, 3° comma, Cost. e divenuta ormai patrimonio della cultura giuridica europea insieme al principio di "umanizzazione" della pena⁴. Il condannato, infatti, ha maggiori possibilità di reinserimento e riabilitazione se può espiare la pena nel paese d'origine, al quale è legato da relazioni sociali e familiari, nonché dalla lingua e dalla cultura⁵.

La previsione dell'obbligo, in capo alle autorità giudiziarie nazionali, di riconoscere i provvedimenti emessi dalle autorità competenti di un altro Stato membro (mutuo riconoscimento *passivo*) comporta, quale diretta e logica conseguenza, l'insindacabilità delle ragioni di merito in base alle quali la decisione è stata assunta dal giudice straniero. Tale principio, espressamente sancito dal nuovo art. 696 *quinquies* (introdotto dal D.Lgs. n. 149/2017), mira ad evitare che sia frustrato il principale intento del principio del mutuo riconoscimento, ossia l'attribuzione alla sentenza straniera di un valore assimilabile a quello di un provvedimento giudiziario interno, senza la necessità di una previa rivalutazione dei presupposti di fatto e di diritto da parte del giudice dello Stato di esecuzione. L'unica eccezione è rappresentata dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato di esecuzione, la cui violazione da parte del paese di emissione del provvedimento può essere censurata dal giudice nazionale.

Per le stesse ragioni, le decisioni sul riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro UE sono ricorribili in cassazione soltanto per violazione di legge, mentre non è ammessa impugnazione per motivi di merito (art. 696 *novies*, 2° 3° comma, c.p.p.).

Sotto il profilo più strettamente procedurale, la piena attuazione del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie è assicurata dalle modalità di trasmissione delle stesse, disciplinate dal nuovo art. 696 *quater* c.p.p. Si prevede, infatti, che i provvedimenti siano trasmessi e ricevuti direttamente dalle autorità giudiziarie degli Stati membri, mentre il Ministro della giustizia è esclusivamente destinatario di una comunicazione nelle specifiche ipotesi previste dalla legge, nonché titolare di limitati poteri di con-

trollo (art. 696 *sexies* c.p.p.). Si esclude, pertanto, l'intermediazione del potere esecutivo nella procedura di trasmissione e ricevimento di atti giurisdizionali stranieri, configurando una cooperazione non soltanto "giudiziaria", ossia concernente l'amministrazione della giustizia, ma anche "giudiziale", ovvero attuata per mezzo dell'autorità giudiziaria⁶.

La disciplina vigente in materia di riconoscimento di sentenze emesse da uno Stato membro UE

La recente novella è intervenuta anche a modificare l'art. 696 c.p.p., che sancisce il principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale sul diritto interno.

Il nuovo testo della norma, diversamente da quello previgente, distingue nettamente i rapporti intercorrenti tra l'Italia e, rispettivamente, gli altri Stati membri dell'Unione (1° comma) e gli Stati extra-comunitari (2° comma).

Nel primo caso, infatti, la disciplina di tutti i rapporti relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale (comprendenti estradizioni, domande di assistenza giudiziaria, effetti delle sentenze penali straniere ed esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane) deve essere rinvenuta nelle norme del T.U. E. e del T.F.U.E., nonché degli atti normativi interni adottati in attuazione dei Trattati. Le convenzioni internazionali (bilaterali o plurilaterali) tra gli Stati membri e le norme di diritto internazionale generale trovano applicazione soltanto laddove i Trattati non disciplinino determinati profili o non dispongano diversamente (art. 696, 1° comma, c.p.p.).

Nell'ambito dei rapporti giudiziari con Stati non appartenenti all'Unione Europea, occorre invece osservare le disposizioni degli accordi internazionali in vigore tra lo Stato emittente e lo Stato di esecuzione della pronuncia, oltre alle norme di diritto internazionale generale (art. 696, 2° comma, c.p.p.).

Il 3° comma dell'art. 696 c.p.p. definisce, infine, la portata delle norme del Libro XI del codice di procedura penale. Esse, infatti, trovano applicazione soltanto se le norme indicate ai precedenti 1° e 2° comma "mancano o non dispongono diversamente". A ben vedere, e come più volte affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, le disposizioni codicistiche svolgono una funzione soltanto residuale ed integra-

degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti giuridici (CGUE, 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, punti 46 e 47).

⁴ "Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti" (art. 4 CEDU); "tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo, le persone private della libertà conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna" (Parte I della Raccomandazione del Consiglio d'Europa dell'11 gennaio 2006). Si veda sul punto I. Nicotra, *Pena e reinserimento sociale*, in *Seminario A.I.C. - Il significato della pena*, Roma, 28 maggio 2014.

⁵ E Selvaggi, *Esecuzione della pena: spetta alla Corte d'appello verificare se è favorito il reinserimento sociale*, in *Guida Dir.*, 2010, 49 e segg.

⁶ Il termine "giudiziario" indica, infatti, l'oggetto della coope-

razione, rappresentato dal perseguimento e dalla repressione dei reati nel territorio dell'Unione Europea e, quindi, dall'amministrazione della giustizia (dalla fase delle indagini preliminari fino all'esecuzione della sentenza). Al contrario, l'aggettivo "giudiziale" si riferisce allo *strumento* mediante il quale la cooperazione è attuata, costituito dai provvedimenti emanati dagli organi giudiziari degli Stati membri e, più in generale, dalle relazioni direttamente intercorrenti tra le autorità giudiziarie dei vari paesi dell'Unione, senza l'intermediazione del potere politico. Laddove, il riconoscimento delle sentenze di un altro Stato membro richiedesse l'intervento dell'esecutivo, tale modello di cooperazione, pur sempre "giudiziario", assumerebbe natura politica, presupponendo l'emanazione di provvedimenti amministrativi da parte del Ministro della giustizia.

trice, in quanto colmano le eventuali lacune lasciate dalla disciplina europea e internazionale pattizia (peraltro molto ridotte)⁷.

La disciplina del riconoscimento dei provvedimenti emessi dalle autorità giudiziarie di un altro Stato membro e dell'esecuzione in territorio comunitario di una sentenza italiana è dettata dal D.Lgs. 7 settembre 2010, n. 161, attuativo della Decisione-quadro 2008/909/GAI⁸.

Quest'ultimo atto normativo è stato adottato dal legislatore europeo al fine di superare i due principali ostacoli posti dalla disciplina dettata dalla Convenzione di Strasburgo sul trasferimento di persone condannate del 1983. In primo luogo, il protocollo addizionale all'accordo, che prevede, a determinate condizioni, il trasferimento del condannato indipendentemente dal suo consenso, non era stato ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione. In secondo luogo, né la Convenzione, né il relativo protocollo prevedevano un obbligo, in capo ai paesi membri, di accettare il trasferimento dei condannati ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva o misura di sicurezza nel loro territorio.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, appare evidente come la mancanza di una regolamentazione unitaria del riconoscimento di sentenze di condanna straniere, in quanto rimessa alla valutazione discrezionale del singolo Stato in ordine alla ratifica della Convenzione di Strasburgo, non consentisse di attuare il principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari nel territorio dell'Unione europea, di cui all'art. 82 T.F.U.E. Sul piano pratico, ciò faceva sì che la decisione straniera non potesse essere portata ad esecuzione in modo tempestivo e, dunque, efficace. Inoltre risultava compromessa la funzione rieducativa della pena, la quale richiederebbe che la pena o la misura di sicurezza sia espiata nel luogo di cittadinanza e residenza del condannato, per favorirne il reinserimento all'interno della società.

In attuazione della decisione-quadro del 2008, è stato adottato il D.Lgs. n. 161/2010, che tuttora disciplina il riconoscimento e l'esecuzione in Italia di sentenze emesse dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'Unione e la trasmissione ad un altro paese europeo di una sentenza di condanna del giudice italiano, sostituendo le disposizioni corrispondenti della Convenzione di Strasburgo (art. 25, 3° comma, D.Lgs. n. 161/2010)⁹.

I requisiti per il riconoscimento (art. 10, D.Lgs. n. 161/2010)

Con la pronuncia in commento, la Corte di Cassa-

zione si è pronunciata in ordine all'interpretazione ed applicazione dell'art. 10 del D.Lgs. n. 161/2010, che disciplina le condizioni in presenza delle quali la sentenza di condanna emessa in un altro Stato membro UE può trovare riconoscimento ed esecuzione in Italia (riconoscimento *passivo*).

Il ricorrente era stato condannato dalla Birmingham Crown Court del Regno Unito alla pena dell'ergastolo (*discretionary life sentence*) per il delitto di *manslaughter*, tradotto dalle autorità inglesi come "omicidio preterintenzionale". Con i motivi di ricorso, viene denunciata la violazione ed erronea applicazione dell'art. 10, 1° comma, lett. f) e 5° comma, D.Lgs. n. 161/2010, nonché l'illogicità della motivazione della sentenza della Corte d'appello che ha disposto il riconoscimento della pronuncia di condanna emessa dalla corte inglese.

È opportuno sottolineare che oggetto del ricorso è esclusivamente l'interpretazione ed applicazione dell'art. 10, D.Lgs. n. 161/2010, mentre nessuna censura è mossa alla qualificazione del fatto di reato come omicidio preterintenzionale (584 c.p.), operata dalla Corte d'Appello sulla scorta della traduzione effettuata dalla Birmingham Crown Court del Regno Unito. Anche le critiche relative alla determinazione della pena da eseguire attengono alla mancata previsione, nella legge penale italiana, della possibilità di comminare la pena dell'ergastolo per il delitto di omicidio preterintenzionale. Non viene, dunque, in alcun modo censurata la sussunzione del fatto commesso sotto la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 584 c.p.

Al contrario, secondo i giudici di legittimità quest'ultimo profilo è di fondamentale importanza, in quanto costituisce il primo ed ineliminabile passaggio per poter determinare se la durata e la natura della pena o della misura di sicurezza applicate nello Stato di emissione siano compatibili con la legislazione italiana (ai sensi dell'art. 10, 1° comma, lett. f), D.Lgs. n. 161/2010) e, in caso di esito negativo, procedere al loro adattamento, determinando una diversa pena nella specie e nel *quantum* (art. dell'art. 10, 5° comma, D.Lgs. n. 161/2010).

A ben vedere, non risulta in alcun modo possibile procedere alla valutazione di compatibilità ed alla successiva operazione di adattamento, senza aver previamente qualificato in modo corretto il fatto storico di reato oggetto della pronuncia di condanna.

Quanto alla compatibilità con la legge italiana della pena inflitta (art. 10, 1° comma, lett. f), D.Lgs. n. 161/2010), esso costituisce uno dei requisiti che devono sussistere congiuntamente affinché la corte d'appello possa riconoscere la sentenza di condanna emessa in

⁷ *Ex multis*, Cass., Sez. V, 12 luglio 2004, Orkisz, CED 230014; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2002, Kiss, CED 223934; Cass., Sez. VI, 14 aprile 1999, Waldau Udo, RP 1999, 923; Cass., Sez. VI, 16 febbraio 1999, Motger, ANPP 2000, 105; Cass., Sez. VI, 10 maggio 1993, Coppola, *Giust. Pen.*, 1993, III, 483. Si veda M.R. Marchetti, *Sub Art. 696 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2017, 443 e segg.

⁸ Si vedano: N. Plastina, *L'esecuzione dei provvedimenti giuri-*

sdizionali nel sistema del mutuo riconoscimento, in *Manuale di procedura penale europea*, R. Kosteris (a cura di), Milano, 2015, 604 e segg.; C.M. Paolucci, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 673 e segg.

⁹ Si vedano: C. Pansini, *Novità legislative interne*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2011, 1; G. De Amicis, *Commento Sub Art. 5 del d.lgs.*, in *Legisl. Pen.*, 2011, 1; G. Dalia, *Esecuzione delle sentenze penali straniere*, in *Diritto on line*, 2014, 6. Si veda anche G. De Amicis, *Relazione n. III/12/2010*, Roma, 15 ottobre 2010.

un altro Stato membro dell'Unione Europea¹⁰. Questo criterio presuppone, sotto il profilo logico ancor prima che giuridico, che sia integrato un altro presupposto, previsto dalla lett. e) della medesima disposizione, in base al quale il fatto deve essere previsto come reato non soltanto dalla legge dello Stato di emissione della sentenza, ma anche dalla legge nazionale.

La sussistenza della condizione di “doppia incriminabilità” (o “doppia incriminazione”) costituisce un principio cardine nell'ambito della materia dei rapporti con autorità giurisdizionali straniere e, in particolare, nella disciplina dell'extradizione (art. 13, 2° comma, c.p.), del mandato di arresto europeo – MAE (art. 7, L. 22 aprile 2005, n. 69) e delle rogatorie internazionali (art. 724, 5° comma, lett. b, c.p.p.). Il principio in esame è espressione della tradizionale concezione dualista dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, fondata sulla sovranità statale. Esso presenta però, al contempo, una *ratio* eminentemente garantistica, in quanto è volto ad impedire che sia perseguito sul territorio nazionale un fatto penalmente irrilevante, seppure previsto come reato nel paese richiedente l'extradizione o emittente la rogatoria o il mandato di arresto. Secondo una parte della dottrina, il principio di doppia incriminazione permettere di attuare, al di fuori dell'ordinamento interno, il principio di legalità di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. (*nullum crimen sine lege*)¹¹.

Sia l'art. 10, D.Lgs. n. 161/2010, sia le disposizioni in materia di estradizione, MAE e rogatoria internazionale richiedono espressamente che il “fatto” sia previsto come reato anche dalla legge nazionale. Si fa riferimento, quindi, alla necessità che il fatto storico di reato posto in essere sia penalmente sanzionato in entrambi gli ordinamenti giuridici. Una valutazione di questo tipo, a ben vedere, prescinde dalla qualificazione giuridica astratta attribuita dalle diverse leggi nazionali al fatto di reato, essendo ben possibile che lo stesso fatto concreto sia riconducibile a fattispecie incriminatrici differenti in due ordinamenti.

Questa soluzione ermeneutica, che propende per una concezione *in concreto* (anziché in astratto) del criterio della doppia incriminazione, è stata in precedenza sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla disciplina dell'extradizione (art. 724, 5° comma, c.p.p.)¹² e del MAE (art. 7, L. n. 69/2005)¹³.

In materia di riconoscimento delle sentenze di condanna tra paesi membri dell'Unione Europea, l'irrelevanza del *nomen iuris* attribuito alla fattispecie astratta di reato è specificata dall'art. 10, 1° comma, lett. e), D. Lgs. n. 161/2010, in base al quale la verifica della doppia incriminabilità deve essere effettuata “indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla denominazione del reato”¹⁴. La corte d'appello competente per il riconoscimento, pertanto, non è chiamata a valutare se la fattispecie incriminatrice richiamata nella sentenza straniera di condanna sia presente anche nel nostro ordinamento penale, bensì a qualificare *ex novo* il fatto di reato alla luce della legge penale italiana.

Per tali ragioni, si deve ritenere che la corte territoriale, come affermato anche dalla Cassazione nella sentenza in commento, non sia in alcun modo vincolata dalla qualificazione giuridica operata dall'autorità giudiziaria straniera: deve, al contrario, “procedere in modo autonomo con riferimento alle specifiche e concrete connotazioni del fatto accertato ed in relazione alle pertinenti norme penali interne”¹⁵.

I giudici di legittimità sottolineano infatti, con riferimento al caso sottoposto al loro esame, come la riconduzione del reato di *manslaughter* alla fattispecie di omicidio preterintenzionale da parte della Birmingham Crown Court del Regno Unito costituisca, in realtà, una mera traduzione. Ad una più attenta analisi, peraltro, essa risulta scarsamente coerente rispetto agli elementi costitutivi che caratterizzano la fattispecie penale italiana. La Corte evidenzia che il reato di *manslaughter* ricomprende, in realtà, due diverse fattispecie di omicidio, caratterizzate dalla medesima condotta, ma differenziate sul piano dell'elemento soggettivo: l'omicidio volontario (nel quale sono rien-

¹⁰ I presupposti per il riconoscimento nell'ordinamento italiano delle sentenze di condanna emesse in un altro Stato UE sono dettagliatamente previsti dall'art. 10, 1° comma, D.Lgs. n. 161/2010 e sono, in particolare: cittadinanza italiana del condannato (lett. a); residenza (o dimora, o domicilio) dello stesso nel territorio italiano, ovvero, anche in assenza di questo presupposto, necessità che il cittadino italiano sia espulso verso l'Italia (lett. b); presenza del condannato nel territorio italiano o in quello dello Stato di emissione della sentenza (lett. c); consenso del condannato alla trasmissione, salvo che ricorrano i presupposti del comma 4 (lett. d); previsione del fatto come reato sia nella legge dello Stato di emissione, che nella legge nazionale (lett. e); compatibilità con la legislazione italiana della durata e della natura della pena o della misura di sicurezza applicate nello Stato di emissione (lett. f).

¹¹ In tal senso, P. Pisa, *Previsione bilaterale del fatto nell'extradizione*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Milano, 1973, 147 e segg. Si veda anche G. Silvestri, *Extradizione, mandato di arresto europeo e altre forme di cooperazione in materia penale*, Incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana ed i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, Lisbona, 15-17 novembre 2012.

¹² Cass., 22 giugno 1992, Bono, CED 191446.

¹³ Cass., Sez. VI, 29 maggio 2017, n. 27483, in *Arch. Giur.*

Circolaz., 2017, 12, 1035; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 22249; Cass., Sez. VI, 4 ottobre 2016, n. 42042; Cass., Sez. VI, 1 febbraio 2012, n. 4538; Cass., Sez. VI, 17 maggio 2012, n. 19406.

¹⁴ L'unica eccezione all'operatività di questa regola è rappresentata dalla particolare ipotesi disciplinata dall'art. 11, D.Lgs. n. 161/2010, secondo il quale la corte territoriale dispone il riconoscimento della sentenza di condanna senza la necessità di accertare la sussistenza del requisito della doppia incriminazione, nel caso in cui venga in considerazione un reato punito nello Stato di emissione con una pena detentiva o una misura privativa della libertà personale della durata massima non inferiore a tre anni e rientrante nell'elenco di fattispecie incriminatrici di cui all'art. 8, 1° comma, L. n. 69/2005 (che disciplina le ipotesi nelle quali l'extradizione prescinde dalla doppia incriminazione). In tal caso, la corte di appello accerta la corrispondenza tra la definizione del reato oggetto della sentenza da riconoscere, secondo la legge dello Stato emittente, e le fattispecie indicate dalla predetta disposizione. Viene quindi in considerazione, in questo caso, una verifica “in astratto”, in quanto avente ad oggetto il mero *nomen iuris* delle fattispecie incriminatrici.

¹⁵ Punto 1 del *Considerato in diritto*.

trano anche le ipotesi di imputabilità ridotta per vizio parziale di mente e di dolo d'impeto e/o attenuante della provocazione) e l'omicidio preterintenzionale, assimilabile alla fattispecie di cui all'art. 584 c.p.

Nel caso di specie, come indicato espressamente dal giudice inglese nella pronuncia di condanna, era stato accertato che il soggetto aveva l'*intenzione* di uccidere la vittima. Tale elemento risulta essere incompatibile con la qualificazione del fatto in termini di omicidio preterintenzionale, essendo questa fattispecie caratterizzata, al contrario, dalla sussistenza del dolo rispetto alle condotte di percosse e lesioni e della colpa con riferimento al successivo evento morte. L'intenzionalità della condotta qualifica, al contrario, la fattispecie di omicidio volontario di cui all'art. 575 c.p., sotto il quale deve essere sussunto, secondo la Corte di casazione, il fatto di reato per cui si procede.

Si deve quindi ritenere sicuramente sussistente il requisito di cui all'art. 10, 1° comma, lett. e), D.Lgs. n. 161/2010: il medesimo fatto è infatti penalmente sanzionato sia nell'ordinamento inglese, dove è ricondotto alla fattispecie di *manslaughter*, sia nell'ordinamento italiano, come reato di omicidio volontario.

La corretta qualificazione giuridica del fatto di reato secondo la legge penale italiana consente altresì di accertare se sia stato rispettato il criterio previsto dalla lettera f) del medesimo articolo, consistente nella compatibilità con la legislazione italiana del *quantum* e della natura della pena inflitta dal giudice straniero.

Il parametro in base al quale tale compatibilità deve essere valutata è rappresentato dalle pene "previste in Italia per reati simili" (art. 10, 5° comma, D.Lgs. n. 161/2010). Il riferimento a "reati simili" (anziché al medesimo reato) costituisce un ulteriore argomento a sostegno della soluzione secondo cui occorre prescindere dalle denominazioni delle fattispecie astratte alle quali il fatto storico di reato risulta riconducibile nei due ordinamenti, ben potendo queste non coincidere. A seguito di un'autonoma operazione di sussunzione, il fatto è ricondotto ad una categoria astratta che ragionevolmente presenterà delle analogie rispetto alla fattispecie di riferimento nell'ordinamento straniero, ma difficilmente sarà ad essa del tutto sovrapponibile. Inoltre, al fine di valutare compiutamente la compatibilità della pena, occorre non soltanto ricondurre il fatto di reato alla corretta fattispecie incriminatrice prevista dalla legge penale italiana, ma anche verificare l'eventuale sussistenza di aggravanti ed attenuanti, tali da incidere sulla determinazione del *quantum* o della *species* di pena.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, la Birmingham Crown Court non aveva contestato alcuna aggravante, mentre aveva riconosciuto il vizio parziale di mente poiché, al momento della commissione del fatto, il soggetto era affetto da schizofrenia. Sulla base della legge italiana, l'unica pena comminabile è quindi quella della reclusione (art. 23 c.p.), e non quella dell'ergastolo (art. 22 c.p.), come invece sostenuto dal giudice di merito. Ne consegue, secon-

do la Suprema Corte, che la pena inflitta dal giudice inglese deve essere ritenuta incompatibile con la legislazione italiana, risultando necessaria un'operazione di adattamento della natura e della misura della pena, in osservanza dei criteri previsti dal 5° comma dell'art. 10, D.Lgs. n. 161/2010. La durata e la natura della pena adattate non possono infatti essere inferiori alla pena prevista dalla legge italiana per reati simili, né più gravi di quelle applicate dallo Stato di emissione con la sentenza di condanna.

Appare evidente come la qualificazione giuridica del fatto di reato incida profondamente sulla valutazione relativa alla compatibilità con la legislazione italiana della pena inflitta dal giudice di un altro Stato membro dell'Unione Europea, in quanto la natura ed il *quantum* della sanzione possono mutare in modo anche considerevole.

Per tali ragioni, è indispensabile che la corte territoriale italiana competente compia un'attività autonoma di individuazione della fattispecie incriminatrice da applicare, che prescinda dall'eventuale qualificazione operata dalle autorità straniere, che si limitano, il più delle volte, ad una semplice traduzione, priva di qualsiasi valore vincolante.

È opportuno evidenziare che il principio del mutuo riconoscimento non pone alcuna limitazione in tal senso, in quanto il divieto di sindacare la decisione assunta dal giudice straniero (previsto dal nuovo art. 696 *quinquies* c.p.p.) riguarda esclusivamente le ragioni di merito alla base della decisione. La valutazione operata dalla corte territoriale, inoltre, non comporta alcun sindacato della decisione assunta dall'autorità giudiziaria straniera, in quanto non è contestata né la ricostruzione del fatto, né la qualificazione giuridica dello stesso rispetto alla legislazione dello Stato di emissione. Essa è esclusivamente volta a valutare la compatibilità della pena inflitta con la legislazione italiana ai fini del riconoscimento e della successiva esecuzione in territorio italiano della pronuncia di condanna.

Alla luce di queste osservazioni, l'obbligo, imposto alla Corte d'appello, di verificare a quale fattispecie astratta di reato il fatto sia nell'ordinamento interno riconducibile, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla denominazione, risulta essere non soltanto rispettoso del principio di mutuo riconoscimento delle pronunce nell'ambito dello spazio giudiziario europeo comune, ma anche necessario per rispondere ad esigenze di tutela del condannato e di corretta determinazione della pena da eseguire.

La doppia incriminabilità in concreto: la giurisprudenza della CGUE

La questione relativa alla necessità di interpretare il requisito della doppia incriminabilità in astratto o in concreto è stata recentemente oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale regionale di Prešov (Slovacchia)¹⁶.

¹⁶ Corte giust. Unione Europea, 11 gennaio 2017, causa C-289/15.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione della disposizione di cui all'art. 7, par. 3 della decisione-quadro 2008/909, che prevede la doppia incriminazione come requisito del mutuo riconoscimento di pronunce di condanna.

La Corte ha innanzitutto precisato che l'art. 7, par. 1 della decisione quadro 2008/909 prevede non un obbligo, ma una *facoltà*, per lo Stato membro di esecuzione, di subordinare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena alla circostanza che sia soddisfatta la condizione della doppia incriminabilità.

Laddove la legislazione dello Stato di esecuzione preveda il requisito della doppia incriminazione, occorre chiarire se la disposizione di cui all'art. 7, par. 3 della decisione-quadro 909/2008, che è oggetto di recepimento da parte del legislatore nazionale, debba essere intesa *in abstracto* o *in concreto*. Nel primo caso, si richiederà che il fatto sia sussumibile sotto la stessa fattispecie incriminatrice nei due ordinamenti. Nel secondo caso, si riterrà sufficiente che il medesimo fatto storico sia penalmente rilevante in entrambi gli Stati, sia pure in base a fattispecie incriminatrici differenti.

La disposizione in esame, al pari dell'art. 10, 1° comma, lett. e), D.Lgs. n. 161/2010, prevede che l'autorità competente dello Stato di esecuzione verifichi se i fatti di cui trattasi "costituiscano reato anche" secondo l'ordinamento nazionale, "indipendentemente dai suoi elementi costitutivi o dalla denominazione del reato stesso".

L'identità tra le due disposizioni, dovuta al fatto che la normativa italiana è stata emanata in attuazione di quella europea, ha portato la Corte di Lussemburgo e la Cassazione italiana ad adottare la medesima soluzione ermeneutica. I giudici europei hanno infatti affermato che "condizione necessaria e sufficiente per la valutazione della doppia incriminabilità è la circostanza che i fatti che hanno condotto alla condanna pronunciata nello Stato di emissione costituiscano reato anche nello Stato di esecuzione. Ne consegue che non occorre che i reati siano identici nei due Stati membri

interessati"¹⁷. Pertanto, l'elemento rilevante ai fini della valutazione della doppia incriminabilità consiste nella corrispondenza tra gli elementi di *fatto* alla base del reato, quali risultano dalla sentenza dello Stato di emissione, da un lato, e la definizione del reato conformemente alla legge dello Stato di esecuzione, dall'altro. Tale interpretazione, secondo la CGUE, è corroborata proprio dalla lettera dell'art. 7, par. 3 della decisione-quadro 909/2008, che, richiedendo di accertare la sussistenza del requisito della doppia incriminazione "indipendentemente dai suoi elementi costitutivi o dalla denominazione", rende evidente che non è necessaria una corrispondenza esatta tra le componenti del reato, quale definito dalle leggi, rispettivamente, dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione, né nella denominazione o nella classificazione dello stesso secondo le rispettive leggi nazionali.

Un'altra rilevante ragione a sostegno della interpretazione in concreto della condizione della doppia incriminabilità è rappresentata dal fatto che questo requisito costituisce un'eccezione alla regola del riconoscimento della sentenza straniera, in quanto, in assenza del presupposto in esame, lo Stato membro di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della sentenza. L'assenza del requisito deve essere quindi interpretata in maniera restrittiva, per limitare quanto più possibile i casi di non riconoscimento e non esecuzione. Se si considerano le innumerevoli differenze che intercorrono tra i diversi ordinamenti penali dell'Unione Europea, appare evidente che la condizione della doppia incriminazione risulterebbe eccessivamente restrittiva, laddove si richiedesse una coincidenza tra le fattispecie astratte in base alle quali il fatto è punito, rispettivamente, nello Stato di emissione e di esecuzione della pronuncia di condanna. Risulta quindi preferibile la concezione in concreto della doppia incriminabilità, in quanto consente una più piena ed effettiva attuazione del principio del mutuo riconoscimento di cui all'art. 82 T.F.U.E.

Braccialeto elettronico

Cassazione penale, Sez. III, 9 gennaio 2018 (c.c. 12 dicembre 2017), n. 172 – Pres. Fiale – Rel. Ramacci – P.M. Fiamini (conf.) – Ric. P.T. *Declaratoria di inammissibilità*.

Misure cautelari personali – Natura del braccialeto elettronico – Assenza di richiesta da parte del pubblico ministero – Principio della domanda cautelare

In tema di arresti domiciliari controllati a mezzo di braccialeto elettronico, non è necessaria una specifica richiesta in tal senso da parte del P.M., in quanto l'applicazione del braccialeto non costituisce una diversa

ed autonoma misura cautelare rispetto agli arresti domiciliari. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Considerato in fatto e ritenuto in diritto.

1. Tribunale di Palermo, con ordinanza del 2/8/2017 ha rigettato la richiesta di riesame proposta nell'interesse di P. T. avverso l'ordinanza in data 19/7/2017 con la quale il Tribunale di quella città, in composizione monocratica, gli aveva applicato la misura degli arresti domiciliari controllati a mezzo strumento elettronico, stante la ritenuta sussistenza di gravi indizi di colpevolezza per il reato di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, concretatosi nella illecita detenzione e cessione a terzi di sostanze stupefacenti del tipo marijuana ed hashish.

¹⁷ Corte giust. Unione Europea, 11 gennaio 2017, causa C-289/15, punto 34.

Avverso tale pronuncia il predetto propone ricorso per cassazione (e) con un unico motivo di ricorso deduce il vizio di motivazione, lamentando che il Tribunale non avrebbe revocato la misura cautelare applicata nonostante l'assenza di una legittima domanda da parte del pubblico ministero di utilizzazione di una misura di controllo più gravosa, quale quella del c.d. braccialeto elettronico, nell'esecuzione della misura cautelare da lui richiesta ed ottenuta.

2. Il ricorso è inammissibile.

3. Va in primo luogo rilevato che l'impugnazione è palesemente caratterizzata dalla mancanza del necessario requisito della specificità dei motivi. Il ricorrente si è limitato a sostenere che la misura di controllo sarebbe stata applicata senza una valida richiesta da parte del pubblico ministero, così reiterando le censure già prospettate ai giudici del riesame, senza, tuttavia, minimamente confrontarsi con quanto chiarito nella motivazione del provvedimento impugnato.

4. L'ordinanza del Tribunale, infatti, nel rispondere alle doglianze difensive, ha opportunamente richiamato quanto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte e, cioè, che gli

arresti domiciliari con braccialeto elettronico non costituiscono una nuova ed autonoma misura cautelare, configurando tale mezzo tecnico, previsto dall'art. 275 bis c.p.p., un nuovo strumento di controllo applicabile, nei casi previsti dal legislatore, alle misure cautelari esistenti (Sez. U, n. 20769 del 28/4/2016, Lovisi, Rv. 266652).

Si è ulteriormente specificato che la misura cautelare in esame non si frappone, nella scala della gravità, tra l'arresto domiciliare "semplice" e la custodia in carcere e non genera nessun onere di motivazione aggiuntiva se il giudice ritiene che la restrizione domiciliare sia idonea a contenere le esigenze cautelari rilevate (così, in motivazione, Sez. 2, n. 6505 del 20/1/2015 Fiorillo e altri, Rv. 262600).

4. Diversamente da quanto genericamente prospettato in ricorso, dunque, non si verte in tema di non motivata ed ingiustificata applicazione di una misura cautelare più gravosa non richiesta dal pubblico ministero, bensì ne la individuazione, da parte del giudice, di una mera modalità.

5. Il provvedimento impugnato, pertanto, risulta del tutto immune da censure. – *Omissis*.

Braccialeto elettronico senza richiesta da parte del PM: attenuazione del principio della domanda cautelare?

Diletta Signori*

Con la sentenza Cass. pen. 9 gennaio 2018, n. 172 la S.C. ribadisce un importante principio già affermato in precedenza dalle Sez. un., 2 aprile 2016, n. 20759, Lovisi: il braccialeto elettronico, disposto congiuntamente agli arresti domiciliari, costituisce un mezzo tecnico di esecuzione delle misure cautelari (e, in specie, della custodia domiciliare) e non, invece, una nuova e autonoma misura, ulteriore rispetto alle altre tipizzate dal codice di procedura penale. Ne consegue che non è necessaria, al fine della sua applicazione, alcuna richiesta formale pervenuta dal pubblico ministero, potendo il giudice disporlo laddove ritenga gli arresti domiciliari non idonei a far fronte alle esigenze cautelari sussistenti nel caso concreto. La Corte, in linea di continuità con quanto sostenuto dalla precedente pronuncia delle Sezioni Unite, pongono un ulteriore tassello verso il graduale temperamento del principio della domanda cautelare.

Premessa

Il braccialeto elettronico¹ è stato introdotto dal legislatore con il D.L. 24 novembre 2000, n. 341 convertito nella L. 19 gennaio 2001, n. 4. e modificato dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10, al fine di far fronte all'imminente problema del sovraffollamento carcerario.

Nei precedenti decenni, infatti, una legislazione "carcerocentrica"² aveva determinato un incessante incremento dei soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale: nel 2013 le statistiche del Ministero

della giustizia³, a fronte di una capienza regolamentare di 47.040 posti, riportavano un numero di detenuti pari a 65.905, di cui circa il 40% erano in attesa di giudizio.

Tale situazione è costata all'Italia plurime sentenze di condanna da parte della Corte di Strasburgo⁴, da ultimo nel noto caso Torreggiani del 2013⁵, laddove si è arrivati ad affermare non solo che lo Stato italiano ha violato l'art. 3 CEDU a causa del grave affollamento, ma anche che esso rappresenta una manifestazione patologica estesa e congenita. Si è sostenuto altresì che

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Si tratta di una forma di controllo che si basa su un monitoraggio informatico fornito da Telecom, il quale consente di rilevare la presenza del soggetto sottoposto a tale misura entro l'area in cui lo stesso viene ristretto. Tale dispositivo, inviando periodicamente un segnale all'unità di sorveglianza (c.d. SMU), consente di segnalare un'eventuale fuga del soggetto o manomissione del dispositivo. Sul punto, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, XVIII ed., 435 e segg.; M. Lembo-G. Potenza, *La nuova disciplina delle misure cautelari personali*, Rimini, 2015, 47.

² Questa definizione in G. Fiorio, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2014, 119.

³ Sito Ministero della Giustizia (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?previousPage=mg_1_14&contentId=SST81_042) con aggiornamento al 31 gennaio 2013. Pertanto, come riportato con un certo risalto dagli organi di stampa, l'Italia

nel 2012 risultava seconda tra gli Stati europei, dopo la Serbia, per densità di popolazione carceraria: così A. Bernardi, *Il progetto di ricerca "prison overcrowding and alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 4, 1739. Attualmente, invece, il numero dei detenuti si è proporzionalmente ridotto passando a 58.087, a fronte della capienza di 50.517 posti; tale dato è aggiornato al 31 gennaio 2018.

⁴ Cfr., in particolare, per puntuali riferimenti giurisprudenziali, A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, 237 e segg.; Id., *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2012, 3/4, 223 e segg.

⁵ C. eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

le ragioni “dell’overdose di popolazione carceraria” sta proprio nel numero straordinariamente elevato dei detenuti in stato di custodia cautelare⁶.

Il braccialeto elettronico ha, pertanto, rappresentato un’occasione importante, idonea ad evitare che gli imputati, in attesa di giudizio, siano costretti a subire la custodia in carcere, nell’ipotesi in cui gli arresti domiciliari non siano sufficienti a fronteggiare le esigenze cautelari. Con le conseguenze negative che ne discendono in termini di restrizione della libertà personale e di capienza del sistema carcerario.

Per questo motivo, l’art. 275 *bis* c.p.p. ha consentito al giudice, nel disporre la misura degli arresti, di prescrivere procedure di controllo ulteriori mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici.

Si evince l’incremento di efficacia che ne deriva: infatti, mentre la “vecchia” misura degli arresti è sottoposta a controlli saltuari delle forze di polizia – la cui frequenza è rimessa alle loro capacità operative – il braccialeto elettronico consente di rilevare la più piccola violazione e a comportare il conseguente intervento mirato della polizia giudiziaria⁷.

La norma, così come modificata nel 2013, stabilisce che il giudice prescrive le procedure di controllo elettronico “salvo che le ritenga non necessarie” e non più, come in precedenza “se lo ritiene necessario”. L’intento del legislatore è stato quello di “normalizzare”⁸ l’applicazione del braccialeto elettronico, relegando quindi sia gli arresti “puri” che la custodia cautelare in carcere a casi eccezionali.

Ne è confermata l’art. 275, comma 3° *bis*, c.p.p., introdotto con L. 16 aprile 2015, n. 47, che prevede che il giudice può disporre la custodia in carcere solo indicando “le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di cui all’articolo 275-*bis*, comma 1”⁹.

L’ottica è squisitamente deflativa del sovraffollamento carcerario.

Si evince la centralità del tema del braccialeto elettronico in una prospettiva di ripristino del favor libertatis. È anche per tale ragione che la giurisprudenza di legittimità sta, negli ultimi anni, intervenendo fre-

quentemente al fine di risolvere dubbi e lacune della disciplina in esame.

Soffermandosi sulla recentissima pronuncia n. 172 del 9 gennaio 2018¹⁰, sarà possibile illustrare come la giurisprudenza sta adottando una presa di posizione forte in merito alla natura giuridica del braccialeto elettronico, nonché sulle conseguenze applicative che derivano da questa interpretazione.

La sentenza n. 172/2018: una conferma sulla natura giuridica del braccialeto elettronico

La decisione oggetto d’attenzione scaturisce dall’applicazione in sede cautelare, ad un soggetto indagato per reati in materia di stupefacenti, degli arresti domiciliari controllati a mezzo di braccialeto elettronico. L’indagato, vista la bocciatura delle proprie istanze in sede di riesame, ricorre in cassazione: egli lamenta la disposizione di una misura di controllo più gravosa rispetto a quella richiesta da parte del pubblico ministero, limitata agli arresti domiciliari “semplici”.

I giudici di legittimità, nel dichiarare l’inammissibilità del ricorso, respingono le censure formulate al provvedimento del tribunale della libertà sottolineando, in particolare, quelli che ritengono ormai essere dei punti fermi dell’approccio del diritto vivente alla tematica degli arresti domiciliari con controllo a distanza. In primo luogo, che gli arresti con braccialeto elettronico non costituiscono una nuova e autonoma misura cautelare; in secondo luogo, che la misura cautelare *de qua* non si frappone, nella scala della gravità, tra l’arresto domiciliare “semplice” e la custodia in carcere; essa non genera, tra l’altro, alcun onere di motivazione aggiuntiva qualora il giudice ritenga che la restrizione domiciliare sia inidonea a contenere le esigenze cautelari rilevate.

Il punto focale, nonché nodo centrale della pronuncia in commento è, dunque, la questione della natura giuridica della misura del braccialeto elettronico. Questione, questa, controversa fin dall’entrata in vigore dell’istituto di cui all’art. 275 *bis* c.p.p. e che risulta essere, tuttora, al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale¹¹.

Sul punto, è possibile tracciare un’ideale linea di de-

⁶ Le possibili cause di questa prassi deviante sono proposte da E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. Pen.*, 2014, 1, 0012B; tra esse, non passa inosservato il riferimento al retaggio inquisitorio che anima l’operato di una parte della magistratura.

⁷ D. Potetti, *Arresti domiciliari e mancanza dei mezzi elettronici per il controllo a distanza*, in *Cass. Pen.*, 2015, 11, 4146 e segg.

⁸ D. Potetti, *Arresti domiciliari e mancanza dei mezzi elettronici per il controllo a distanza*, cit., 4146 e segg. Si può altresì leggere nella Relazione dell’Ufficio del Massimario della Cass., n. III/01/2014, 7 e seg. che “l’art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. n. 146 del 2013 ha modificato l’art. 275-*bis*, comma 1, cod. proc. pen. in modo da rendere ‘ordinaria’ l’applicazione di “procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici” quando viene disposta la misura degli arresti domiciliari: il giudice, infatti, deve prevedere queste modalità di sorveglianza non più “se lo ritiene necessario”, ma in linea generale “salvo che le ritenga non necessarie”. Non mancano, tuttavia, opinioni discordi, di chi ritiene che la nuova formula “se lo ritiene necessario” non sarebbe espressione di un *favor libertatis*, in quanto renderebbe

più difficoltosa l’applicazione degli arresti *senza* braccialeto elettronico, dando così prevalenza alla misura più gravosa. Così G. Illuminati, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà dell’imputato* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 3, 1130 e segg.

⁹ Anche il nuovo comma 3° *bis* ha suscitato dibattiti dottrinali, in specie per coloro che lo hanno ritenuto un pleonaso, confermando un principio già desumibile dagli artt. 275, 3° comma e 192, 2° comma, lett. c *bis*), c.p.p. Tale tesi è sostenuta tra gli altri da V.F. D’Arcangelo, *Le misure cautelari personali* (L. 16 aprile 2015, n. 47), in *Il penalista*, 2015, 45.

¹⁰ Cass., Sez. III, 9 gennaio 2018, n. 172 (c.c. 12 dicembre 2017), in *Giur. It.*, 2018, 2, 192.

¹¹ Si veda quanto evidenziato da G. Spangher, *La pratica del processo penale – I soggetti. Gli atti. Le prove. Le misure cautelari. Il procedimento penale davanti al giudice di pace*, III, Padova, 2014, 757, secondo il quale “resta ibrida la natura della misura, non essendo chiaro se si tratti di arresti domiciliari ovvero di alternativa al carcere”.

marcazione tra quanto sostenuto da una parte degli studiosi e quanto ritiene il diritto vivente: secondo i primi, quella in questione costituirebbe una vera e propria misura autonoma; il consolidato orientamento giurisprudenziale, al contrario, opta per la tesi del mero strumento tecnico di controllo, applicabile, nei casi previsti dalla legge, alle misure cautelari già esistenti.

Analizzando più nel dettaglio le diverse ipotesi ricostruttive, e procedendo per ordine, una parte della dottrina si esprime nel senso che la misura in discorso si collocerebbe ad un livello intermedio tra la custodia cautelare in carcere e gli arresti domiciliari “semplici”. Ciò in quanto, a seguito della riforma del 2015, il provvedimento di cui all’art. 275 *bis* c.p.p. avrebbe assunto una propria specifica natura e consistenza, perseguendo l’obiettivo di contrastare esigenze cautelari specifiche e diverse da quelle della custodia in carcere e degli arresti domiciliari “classici”¹².

La finalità sarebbe quella di coprire tutte le situazioni intermedie tra dette misure: si tratta delle ipotesi nelle quali l’organo giudicante, pur non ritenendo di dover ricorrere alla *extrema ratio* cautelare, tuttavia nutra dubbi in ordine all’efficacia della misura degli arresti domiciliari e alla capacità autolimitativa del destinatario della stessa.

Su questa linea di pensiero si collocano quanti sostengono che a sancire l’ingresso di una vera e propria misura cautelare, terza rispetto a quelle già esistenti nel quadro normativo di riferimento, sia lo stesso legislatore: nell’art. 275, comma 3° *bis* c.p.p., infatti, si prevede che il giudice, che voglia applicare la custodia cautelare in carcere, debba motivare quanto alle specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari controllati¹³. La circostanza che il giudice, onde dar luogo alla misura restrittiva maggiormente afflittiva, debba adempiere a questo onere motivazionale, è stato, da una parte degli studiosi, interpretato come l’indice del fatto che si tratti di una cautela autonoma, collocan-

tesi in una posizione intermedia tra quella di intensità massima e gli arresti domiciliari “semplici”¹⁴.

In coerenza con questa visione vi sono quanti ritengono che si tratti di misura immediatamente sostitutiva della custodia cautelare in carcere: la ragione risiede nella circostanza che il giudice, con lo stesso provvedimento che la dispone, prevede l’applicazione della custodia in carcere per l’eventualità che l’imputato neghi il consenso¹⁵ all’adozione dei mezzi e strumenti anzidetti¹⁶. Ad ulteriore conferma, questa parte della dottrina valorizza altresì la finalità di garantire il principio della custodia in carcere quale *extrema ratio*, nonché la natura “complessa” del provvedimento con cui viene disposto il braccialeto¹⁷.

A tale esito è giunta altresì qualche isolata pronuncia di merito, affermando che l’opposta tesi, in forza della quale il braccialeto sarebbe una mera modalità esecutiva degli arresti domiciliari, poteva trovare fondamento – al più – nella precedente versione della norma, anteriore alla novella del D.L. n. 146/2014; laddove, cioè, rappresentava una prescrizione “accessoria” da aggiungere alla misura cautelare domiciliare, espressamente e motivatamente. Oggi, invece, che l’apposizione di strumenti di controllo a distanza è divenuta la modalità ordinaria degli arresti domiciliari (soprattutto a fronte della modifica dell’art. 275 *bis*, 1° comma, di cui *supra*), non si può che concludere nel senso della qualificazione autonoma della misura¹⁸.

Se questi sono i variegati argomenti che hanno condotto a opinare nel senso dell’autonomia della misura di controllo remoto, altra parte dei commentatori¹⁹ e l’orizzonte giurisprudenziale maggioritario ritengono che lo strumento di cui all’art. 275 *bis* c.p.p. non costituisca affatto una misura autonoma, quanto piuttosto una mera modalità esecutiva delle misure cautelari già predisposte dall’ordinamento giuridico.

Gli arresti con braccialeto, pertanto, non costituiscono una misura con “vocazione coercitiva”²⁰ maggiore rispetto agli arresti semplici; essi si caratterizzano esclu-

¹² Cfr. P. Spagnolo, *D.l. 23.12.2013, n. 146, conv. in l. dalla l. 21.2.2014, n. 10 Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria* (GU 23.12.2013, n. 300, 21.2.2014, n. 10). *Commento all’art. 1 – Per un’effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *La legislazione penale*, 2014, n. 4, 338.

¹³ E. Campoli, *Arresti domiciliari con braccialeto elettronico: un inutile optional?*, in *Ilpenalista.it*, 13 novembre 2015.

¹⁴ Sul punto si veda A. Cisterna, *Una figura autonoma da collocare in posizione mediana*, in *Guida Dir.*, 2015, 70 e segg., a detta del quale “lo specifico e puntuale onere di motivazione che il legislatore del 2015 ha preteso in ordine alla non applicabilità della misura degli arresti domiciliari rafforzati con il braccialeto elettronico sta a individuare l’esistenza di un’autonoma fattispecie cautelare la quale si pone in grado intermedio tra la custodia in carcere e gli arresti domiciliari comunemente intesi”.

¹⁵ Stante la limitazione alla libertà personale che ne discende, si deve ritenere che il consenso non possa che essere dato in forma espressa, escludendosi invece ogni forma di fatto concludente.

¹⁶ A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, 692; P. Spagnolo, *D.l. 23.12.2013, n. 146, conv. in l. dalla l. 21.2.2014, n. 10 Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria* (GU 23.12.2013, n. 300; 21.2.2014, n. 10). *Commento*

all’art. 1 – Per un’effettiva gradualità delle misure cautelari personali”, in *La legislazione penale*, 2014 4, 337.

¹⁷ J. Della Torre, *Per la Suprema Corte l’indisponibilità del braccialeto elettronico comporta l’applicazione degli arresti domiciliari semplici: una discutibile lettura dell’art. 275 bis c.p.p.* in *Proc. Pen. Giust.*, 2016, 1, 84: l’Autore definisce la misura “complessa” in quanto con lo stesso provvedimento si applica la misura attenuata e la si sostituisce, in caso di dissenso del destinatario, con la custodia carceraria.

¹⁸ In questo senso, Trib. Siena, ord. 17 settembre 2015, Trib. Ravenna, ord. GIP, 1° settembre 2015, Trib. Milano, ord. GIP, 29 giugno 2015.

¹⁹ Si veda, a titolo esemplificativo, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 435. secondo cui “il braccialeto elettronico non è una misura cautelare, bensì una modalità di esecuzione di altra misura cautelare: ad esempio, dell’arresto domiciliare o dell’allontanamento dalla casa familiare”; L. Cesaris, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in M. Bargis (a cura di), *Il decreto anticarcerazioni*, Torino, 2001, 60. A Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale: i decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte Costituzionale 32/2014*, Torino, 2014, 25. D. Carcano-D. Manzione, *Custodia cautelare e braccialeto elettronico*, Milano, 2001, 55.

²⁰ A. Ubaldi, *Arresti domiciliari condizionati: l’applicazione del braccialeto elettronico*, in *D&G*, 2015, 31, 71.

sivamente per una maggiore efficacia nel caso di mancato rispetto degli obblighi imposti all'imputato²¹.

A sostegno della tesi, in primo luogo, si valorizza il dato letterale dell'art. 275 *bis*, 1° comma, nel quale si legge che il braccialeto può essere previsto “nel disporre la misura degli arresti domiciliari”; ciò confermerebbe che tale dispositivo è strumentale a garantire una forma di controllo aggiuntiva rispetto ad un'autonoma misura – gli arresti – *ex se* considerata²².

Ad adiuvandum si sostiene che in questo senso depone la relazione al disegno di legge relativo alla conversione del Decreto n. 341 del 2000: si afferma che “non si tratta di creare nuove misure alternative alla detenzione o alla custodia cautelare in carcere, quanto piuttosto di disciplinare un nuovo strumento di controllo applicabile, nei casi in cui ciò sia possibile, alle misure esistenti”, a seguito di specifica valutazione di adeguatezza ad opera del giudice; in tal modo, si afferma, si valorizzerebbe altresì l'incipit della norma “nel disporre gli arresti domiciliari”²³.

Un'importante conferma in tal senso è arrivata, come sottolinea la sentenza n. 172/2018, anche da alcuni importanti precedenti²⁴ tra cui quello delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016, n. 20769, Lovisi.

La S.C., pur al fine di risolvere altro quesito di diritto postogli nel caso concreto, si è pronunciato sul tema della natura giuridica del braccialeto elettronico. In tale sede si sottolinea, in prima battuta, come la giurisprudenza sia concorde nell'affermare che gli arresti domiciliari con l'adozione dei mezzi tecnici di controllo non costituiscono una nuova e autonoma misura cautelare.

Facendo proprie le argomentazioni proposte dalla dottrina citata, le Sezioni Unite affermano che, nel senso suddetto, deporrebbe, altresì, la collocazione sistematica della disposizione di cui all'art. 275 *bis* c.p.p.

L'articolo in questione, infatti, è stato inserito a ri-

dosso delle “Disposizioni generali” di cui al Capo I in tema di misure cautelari e, più nel dettaglio, subito dopo il disposto dell'art. 275, che enuncia i “Criteri di scelta delle misure”, e prima del Capo II, che elenca in maniera tassativa le misure cautelari personali²⁵.

Ciò consentirebbe di sostenere che la modalità di controllo in esame può accompagnare non solo gli arresti domiciliari, ma anche altre misure coercitive, nei casi disciplinati dal legislatore: ciò avviene, ad esempio, con la misura dell'allontanamento dalla casa familiare prevista dall'art. 282 *bis* c.p.p. che, nel 6° comma – a seguito delle modifiche apportate dal D. L. 14 agosto 2013, n. 93 – prevede che la misura può essere disposta “anche con le modalità di controllo previste dall'art. 275 *bis*”.

Inoltre, la stessa rubrica dell'art. 275 *bis* c.p.p. “Particolari modalità di controllo” deporrebbe in tal senso. Se è pur vero che, in tema di valore attribuibile alla rubrica di una norma, vige il principio “rubrica legis non est lex”²⁶, non si può negare l'indubbio carattere presuntivo della stessa²⁷.

Ad avallare l'assunto per cui il braccialeto elettronico non sarebbe una autonoma misura cautelare, si richiama infine una diversa ricostruzione talvolta fornita in giurisprudenza²⁸ secondo la quale la previsione di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. sarebbe una “condizione sospensiva della custodia cautelare in carcere”.

Espresesi in questi termini, le Unite prendono esplicitamente posizione, enunciando un principio di diritto dal quale difficilmente le successive sentenze si potranno discostare. L'art. 618 c.p.p. prevede, al nuovo comma 1° *bis*²⁹, che la sezione semplice, qualora ritenga di non condividere il principio di diritto formulato in una sentenza delle sezioni unite, non può motivatamente discostarsi, ma deve rimettere a queste ultime la decisione del ricorso³⁰.

La sentenza n. 172/2018, infatti, si limita a ribadire

²¹ M.T. Cortesi, *Braccialeto elettronico: una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275 bis c.p.p.*, in *Giur. It.*, 2014, 7 e segg. In modo analogo D. Potetti, *Questioni in tema di arresti domiciliari con il braccialeto elettronico*, cit., 259 e segg., il quale ha affermato che il braccialeto serve a “supportare la capacità dell'indiziato di resistere alla tentazione di allontanarsi dal luogo degli arresti”.

²² D. Potetti, *Questioni in tema di arresti domiciliari con il braccialeto elettronico*, in *Cass. Pen.*, 2016, 1, 259.

²³ L. Bongiorno, *L'indisponibilità del braccialeto elettronico: le Sezioni Unite escludono ogni automatismo*, in *Riv. Pen.*, 2016, 10, 865.

²⁴ In senso conforme si è pronunciata Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505; Sez. II, 23 settembre 2014, n. 50400; Sez. V, 19 giugno 2012, n. 40680; Cass., Sez. II, 29 ottobre 2003, n. 47413, Bianchi. Nonché, successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite, Sez. II, 21 febbraio 2017, n. 25455.

²⁵ In dottrina, in realtà, si è sostenuto che la natura strumentale del braccialeto avrebbe dovuto far collocare la relativa disciplina più correttamente nell'ambito dell'art. 284 c.p.p., piuttosto che nelle disposizioni generali in tema di misure cautelari personali. Si veda ad esempio P. Giordano, *Sulla gestione del controllo a distanza le prime incognite tecnico normative*, in *Guida Dir.*, 2001, 9, 9.

²⁶ La tesi tradizionale del “*rubrica legis non est lex*”, peraltro, non convince tutta la dottrina; taluni sostengono che si dovrebbe riconoscere che le rubriche fanno parte della legge, al pari di tutti gli altri elementi del testo legislativo. Così ad esempio G. Tarello.

L'interpretazione della legge, in *Trattato di diritto civile contemporaneo*, diretto da G. Ciccio-F. Messineo, Milano, 1980, 209.

²⁷ Le rubriche, riprendendo un'illuminante immagine del Carnelutti, costituiscono il manico delle disposizioni legislative: hanno cioè un valore indicativo, di appiglio per l'interprete o per il cittadino inesperto che si approssima alla disposizione legislativa, aiutandolo a identificare celermente il contenuto di massima della disposizione. Ma esse, proprio perché sintetiche, non possono racchiudere tutto il contenuto di ciò che il contenitore racchiude; quindi tagliano, riducendo all'osso disposizioni spesso ampie, e proprio per questo, non possono che avere un valore interpretativo limitato, giacché non si può che prendere con estrema cautela a fini interpretativi ciò che, per la funzione cui è destinato, è approssimativo. Si veda, in proposito, Carlo Parodi, *Mobbing e maltrattamenti alla luce della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Ovvero sul valore della rubrica della norma ai fini della sua interpretazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 19 novembre 2012.

²⁸ Cass., Sez. II, n. 47413 del 29 ottobre 2003, Bianchi. Nello stesso senso: Sez. IV, 25 agosto 2015, n. 35571.

²⁹ Comma introdotto con la L. 23 giugno 2017, n. 103, c.d. Riforma Orlando.

³⁰ Si è parlato, in proposito, di un graduale trapianto nel nostro sistema giuridico di un principio di *stare decisis*, tipico degli ordinamenti di common law. Anche se, si sottolinea, si tratta di un precedente vincolante solo in senso relativo: in primo luogo in quanto concerne esclusivamente le sentenze delle sezioni unite, in

che la precedente ordinanza del Tribunale “ha opportunamente richiamato quanto affermato dalle Sezioni Unite e, cioè, che gli arresti domiciliari con braccialeto elettronico non costituiscono una nuova ed autonoma misura cautelare, configurando tale ‘mezzo tecnico’, previsto dall’art. 275 *bis* c.p.p., un nuovo strumento di controllo applicabile, nei casi previsti dal legislatore, alle misure cautelari esistenti”.

(Segue). Precipitati applicativi: richiesta del pubblico ministero e onere motivazionale

Dato conto della ribadita natura giuridica del braccialeto elettronico in termini di mera modalità esecutiva, la pronuncia n. 172 del 2018, dà conto di un importante precipitato processuale.

Sul punto, la recente sentenza della terza sezione, innovativamente, stabilisce che non è necessario, affinché il giudice possa applicare la misura del c.d. braccialeto elettronico, che il pubblico ministero presenti una espressa domanda in tal senso.

I giudici di legittimità argomentano tale considerazione affermando che – trattandosi della individuazione, da parte del giudice, di una mera modalità esecutiva degli arresti domiciliari – l’assenza di una espressa richiesta da parte del pubblico ministero non avrebbe configurato un’ipotesi di ingiustificata applicazione di misura cautelare più gravosa.

Ebbene, quella contenuta nella pronuncia in commento è una considerazione in diritto sulla quale la giurisprudenza di legittimità non ha ancora preso una posizione netta: si tratta del riconoscimento al giudice, a prescindere da una qualunque richiesta del pubblico ministero, del potere di disporre un “qualcosa” che, a detta del diritto vivente, non si presenta maggiormente afflittivo.

Un siffatto principio, seppur di innovativa matrice a livello giurisprudenziale, era professato, da una parte della dottrina, quale naturale corollario applicativo delle considerazioni formulate dalle Sezioni Unite 2016, Lovisi.

Secondo alcuni studiosi, infatti, la sentenza, nell’affermare che quella del presidio elettronico costituisce una modalità nuova di applicazione di misure preesistenti, ha, di fatto, escluso una importante scelta: mai il pubblico ministero, in sede di richiesta, potrebbe formulare una domanda di applicazione di uno strumento di tal tipo, poiché ciò rientrerebbe non nella sua scelta tra i vari tipi di misure cautelari ritenute idonee, bensì nell’ambito della gradualità (esecutiva) affidata al giudice tra la custodia in carcere e gli arresti domiciliari (semplici o elettronici)³¹.

Questa opinione – coerente con quanto successivamente affermato dalla pronuncia n. 172 del 2018 – pre-

vedeva, dunque, lo spostamento del peso della decisione sull’organo giudicante, piuttosto che su quello requirente, quanto alla particolare modalità di esecuzione degli arresti domiciliari mediante braccialeto elettronico.

Se tutto quanto detto si basa sull’assunto della natura non autonoma dello strumento di controllo a distanza, è evidente che le conclusioni appena evidenziate cambierebbero radicalmente ribaltando la prospettiva ermeneutica. Qualora, infatti, si opinasse per la natura autonoma, una richiesta espressa del pubblico ministero sarebbe certamente necessaria.

Ciò lo si ricava dal fatto che, come sostenuto da una parte della dottrina, il braccialeto elettronico si collocerebbe a metà strada tra arresti domiciliari semplici e custodia cautelare in carcere: trattandosi, in questo caso, di misura più grave rispetto ai domiciliari “classici”, il giudice non potrebbe decidere spontaneamente di applicarli all’indagato/imputato; ciò a pena della violazione del principio secondo il quale l’organo giudicante non può mai applicare una misura più grave di quella richiesta dalla pubblica accusa.

La recentissima pronuncia di legittimità, tuttavia, non si è limitata ad affermare quanto appena sottolineato. Secondo il massimo Consesso, infatti, la natura ancillare dello strumento elettronico non genera nessun onere di motivazione aggiuntivo se il giudice ritiene che la restrizione domiciliare sia idonea a contenere le esigenze cautelari rilevate.

Anche questa affermazione risulta dirimente: in coerenza con la visione legislativa tesa a rafforzare l’operatività ed effettività del braccialeto elettronico, il giudice può disporlo se lo ritiene necessario senza dar conto delle ragioni per le quali ha ritenuto gli arresti “semplici” non sufficienti a fronteggiare le esigenze cautelari.

L’affermazione in diritto spoglia, dunque, l’organo giudicante di un compito gravoso, collocandosi sulla stessa linea della giurisprudenza maggioritaria³² e rafforzando l’idea di trovarsi di fronte a uno strumento meramente esecutivo. La motivazione è richiesta, secondo questa linea di pensiero, soltanto a fronte di una maggior compressione della libertà personale dell’indagato/imputato: qualora una tale situazione non si verifici, non è necessario alcuno sforzo motivazionale.

Si attenua il principio della domanda cautelare?

Ciò che si evince dalla lettura sentenza è che, in materia cautelare, il giudice riveste un ruolo sempre più importante.

Il testo legislativo è chiaro nell’affermare che le misure cautelari “sono disposte su richiesta del pubblico ministero” (art. 291, 1° comma, c.p.p.); tale periodo, che enuncia il c.d. principio della domanda cautelare³³,

un’ottica di rafforzamento della loro funzione nomofilattica; in secondo luogo in quanto l’art. 618 comma 1 *bis* c.p.p. non introduce alcuna sanzione in caso di sua inosservanza. Per approfondimenti: G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 29 gennaio 2018.

³¹ E. Campoli, *Indisponibilità del braccialeto elettronico, il giudice deve riparametrare la sua scelta*, in *Ilpenalista.it*, 7 giugno 2016.

³² Cass. Pen., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505, secondo la quale “tale misura cautelare non si frappone nella scala della gravità tra l’arresto domiciliare ‘semplice’ e la custodia in carcere e non genera nessun onere di motivazione aggiuntiva se il giudice ritiene che la restrizione domiciliare sia idonea a contenere le esigenze cautelari rilevate”.

³³ L’essenza del principio della domanda è stata chiarita dalla Relazione al Progetto preliminare al codice di procedura penale

sta a significare che nessuna misura può essere adottata dal giudice *ex officio*. Non solo, ma il giudice a cui la richiesta viene proposta non potrà disporre neppure una misura più grave rispetto a quella che il pubblico ministero, sulla base del compendio probatorio allo stato degli atti, ha ritenuto adeguata e proporzionale³⁴.

Ciononostante, non può sfuggire che le nuove prese di posizione della giurisprudenza di legittimità vanno gradualmente ad attenuare il principio della domanda cautelare, consentendo al giudice spazi di autonomia sempre maggiori nella scelta delle misure: spazi, invece, non contemplati dal legislatore, preoccupato di garantire una netta separazione tra la funzione giudicante e quella requirente.

La pronuncia n. 172 del 2018 rappresenta un esempio di tale evoluzione espansiva.

Come sottolineato *supra*, la Cassazione consente al giudice di disporre gli arresti con dispositivo di controllo anche in assenza della richiesta da parte del P.M. Se quest'ultimo vuole gli arresti, il giudice può "volere di più" e disporre altresì il bracciale elettronico.

Orbene, se è vero che la giurisprudenza è, attualmente, concorde nel ritenere che tale strumento non qualifichi un'autonoma misura cautelare, è altresì corretto affermare che tale modalità esecutiva è, sicuramente, più afflittiva rispetto agli arresti semplici.

La stessa *ratio* del bracciale elettronico lo conferma: se tale strumento è preordinato a far fronte ad esigenze cautelari che gli arresti "classici" non sono in grado di fronteggiare, è perché esso ha una capacità di controllo maggiore.

Rectius, determina un maggior grado di compressione della libertà personale.

Pertanto più di un interrogativo potrebbe porsi circa la possibilità del giudice di disporre il bracciale officiosamente, prescindendo da una richiesta indirizzata a tal fine dal pubblico ministero. Il dispositivo elettronico non è una "misura" più grave, è vero, ma è sicuramente una "modalità" più incisiva della medesima misura. Pertanto non si può negare che l'aggra-

vio *de facto* che si verifica a fronte dell'applicazione del bracciale dovrebbe essere soggetto, parimenti, al principio della domanda cautelare.

L'incremento del potere del giudice in questa sede lo si evince altresì dal principio di diritto della recente sentenza delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016, n. 20769, Lovisi. Quest'ultima ha risolto un dibattito sorto in giurisprudenza in merito alle conseguenze della indisponibilità del bracciale elettronico da parte della polizia giudiziaria.

Il problema si presenta di non poco conto, dal momento che le attuali dotazioni di apparecchi sono assolutamente insufficienti: a fronte dell'incisiva spinta legislativa al ricorso agli arresti domiciliari con bracciale elettronico non è, infatti, seguito un incremento della disponibilità di congegni³⁵.

Per tale ragione si è posto un quesito di estrema rilevanza: se il bracciale elettronico non è, al momento, disponibile, l'imputato deve essere sottoposto ai semplici arresti domiciliari o alla più grave custodia in carcere?

La giurisprudenza non ha, nel tempo, dato una risposta univoca, determinando il crearsi di due orientamenti interpretativi contrapposti, che si esporranno brevemente al fine di comprendere la tendenza espansiva della giurisprudenza più recente.

Il primo orientamento³⁶ sosteneva che, riscontrata l'indisponibilità del bracciale, vi fosse una presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. Si argomentava che le esigenze cautelari che imponevano l'adozione degli arresti "con" bracciale elettronico si prestano ad essere adeguatamente tutelate "solo" con l'applicazione della misura cautelare in carcere: infatti, in assenza del bracciale, non riuscendosi a contrastare del tutto le esigenze cautelari, il giudice sarebbe costretto a disporre l'unica misura concretamente efficace – oltre che disponibile – ovvero quella carceraria³⁷.

Tale primo indirizzo riteneva ammissibile che il mero presupposto dell'applicazione della custodia in carcere fosse la "sfortunata coincidenza"³⁸ che il braccia-

nei seguenti termini: "Il pubblico ministero è soggetto necessariamente richiedente senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente ma non *ex officio*". In proposito, v. M. Chiavario, *Variazioni sul tema delle "misure coercitive" tra nuovo codice e "legge anticipatrice"*, in *Giust. Pen.*, 1989, III, 14. In definitiva, le ipotesi, pur previste, in cui il giudice è legittimato a provvedere in assenza dell'impulso del pubblico ministero non si pongono propriamente in rapporto di eccezione rispetto alla regola generale, trattandosi di fattispecie che ammettono il potere officioso nella misura in cui esso venga esercitato in chiave di libertà e non in maniera tale da avere ripercussioni peggiorative sulla sfera personale del soggetto ristretto. Così M. Sculco, *principio della domanda cautelare e differimento del colloquio*, nota Sez. IV, 17 settembre 2009, n. 39941, in *Cass. Pen.*, 2010, 5, 1846.

³⁴ Si legge nella Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale: "come è da escludersi una legittimazione ai provvedimenti cautelari in capo al pubblico ministero (salvo il già ricordato potere di fermo), così è da escludersi l'adozione di misure cautelari che prescindano dall'iniziativa del pubblico ministero il quale è, sotto questo profilo, soggetto necessariamente 'richiedente' senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non

ex officio".

³⁵ A. Bassi; C. con Borries, *Il bracciale elettronico fra luci e ombre*, in *Cass. Pen.*, 2016, 9, 3127 e segg. Gli Autori sottolineano, peraltro, che i 2000 bracciali in convenzione sono divenuti ormai insufficienti e determinano la creazione di liste d'attesa gestite senza alcun controllo da parte dei magistrati o degli avvocati, di fatto senza trasparenza. Peraltro, la questione è particolarmente delicata per una ragione specifica: essa è foriera di odiose disuguaglianze tra soggetti che, a parità di *pericula libertatis*, potranno o meno usufruirne.

³⁶ Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115 Candolfi; Sez. II, 10 novembre 2015, n. 46328 Pappalardo.

³⁷ J. Della Torre, *op. cit.*, 87. Ulteriore argomento proposto è che non si può pretendere che lo Stato appronti un numero indeterminato di apparecchi, essendo le disponibilità finanziarie della pubblica amministrazione necessariamente limitate (Sez. II, n. 520, 17 dicembre 2014). Questo argomento, però, cozza con i dati che dimostrano il significativo risparmio economico conseguente all'impiego della sorveglianza elettronica: così E. Valentini, *Arresti domiciliari e indisponibilità del bracciale elettronico: è il momento delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 aprile 2016.

³⁸ Si afferma, in alcune pronunce, che "l'impossibilità di effettuare il controllo elettronico a distanza per carenza degli strumenti

letto elettronico, originariamente disposto, fosse al momento non disponibile. Né ravvisava in tale decisione una violazione dei principi costituzionali in materia di libertà personale³⁹.

Il secondo orientamento⁴⁰, invece, concludeva in modo totalmente antitetico stabilendo che, in caso di mancata disponibilità del braccialeto elettronico, si sarebbero dovuti applicare all'imputato gli arresti domiciliari "semplici".

Tali sentenze, in particolare, facevano riferimento a una prassi invalsa tra i Giudici, ovvero quella di subordinare l'esecuzione dell'ordinanza di sostituzione della cautela carceraria con quella domiciliare alla procurata disponibilità di un braccialeto. In senso critico si obiettava che la valutazione dell'idoneità del congegno elettronico è un accertamento di fatto che deve precedere la concessione della misura e che non può essere subordinata alla sua disponibilità effettiva.

Si affermava infatti: "una volta che il giudice ritenga adeguata la misura degli arresti domiciliari a soddisfare le concrete esigenze cautelari, l'applicazione ed esecuzione effettiva di tale misura non può essere condizionata da eventuali difficoltà di natura tecnica e/o amministrativa [...], trattandosi di presupposti, all'evidenza, non comparabili tra loro"⁴¹.

La risposta fornita dalle Sezioni Unite è, per così dire, "mediana"⁴².

L'argomentazione trae origine dall'esegesi dell'art. 275 *bis* c.p.p., dalla quale si desume che solo il dissenso dell'imputato è causa ostativa alla concessione degli arresti con braccialeto elettronico; viceversa, la norma non contempla la carenza del dispositivo né come causa automatica di applicazione della custodia cautelare in carcere⁴³ né, in senso opposto, come ragione sufficiente alla sostituzione della stessa con gli arresti domiciliari "semplici"⁴⁴.

Pertanto il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite è che il giudice, in un'ipotesi suddetta di indisponibilità, "escluso ogni automatismo", deve valutare, ai fini dell'applicazione o della sostituzione della misura coercitiva, la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità sia degli arresti "semplici" sia della custodia in carcere, in relazione al caso concreto⁴⁵.

Si tratta di un giudizio di bilanciamento che con-

sente al giudice di mettere a confronto l'intensità delle esigenze cautelari e la tutela della libertà personale dell'imputato.

Questa sentenza, confermata altresì negli stessi termini da una pronuncia del 2017⁴⁶, esprime la tendenza espansiva della giurisprudenza di legittimità.

Non si può negare che la stessa abbia il merito di escludere ingiustificati automatismi, privi di fondamento normativo e teleologico, rispetto alle conseguenze dell'indisponibilità del braccialeto elettronico. La soluzione aprioristica non è mai la migliore e può essere sostituita da una valutazione che tenga conto delle peculiari circostanze del caso concreto.

Allo stesso modo, però, è evidente che tale soluzione consente al giudice – a fronte di una richiesta del pubblico ministero di disporre gli arresti "controllati" – di irrogare, in ipotesi, la più grave misura della custodia in carcere.

Al pari di quanto accade nella pronuncia in commento – la n. 172/2018 – si attribuisce al giudice un ruolo sempre più decisivo; un ruolo che è svincolato dalla richiesta dell'accusa e che, anzi, ne prescinde.

Certo è che, opinando in questo senso, non si possono non cogliere profili di potenziale collisione tra tale nuova tendenza e l'architrave delle misure cautelari, ovvero il principio della domanda.

Non solo, ma il novello assetto rischia di compromettere la separatezza tra la funzione giudicante e quella requirente: il giudice si trova a svolgere un compito che non è meramente valutativo delle richieste presentate dal pubblico ministero, ma altresì propulsivo. Egli, infatti, secondo il nuovo approccio della giurisprudenza, può, non solo disporre misure "sostanzialmente" – anche se non formalmente – più invasive di quelle richieste dal p.m., ma anche "sanare" l'indisponibilità materiale del braccialeto con l'applicazione della custodia in carcere in luogo degli arresti domiciliari. Il tutto senza necessità che il pubblico ministero ne faccia espressa richiesta.

Il giudice, così opinando, rischia, in taluni casi, di assurgere a "padrone" della misura cautelare, relegando la pubblica accusa ad un ruolo che diviene meramente accessorio.

tecnici, costituisce una circostanza di fatto che, seppure non ascrivibile all'indagato, deve essere valutata ai fini del giudizio di adeguatezza della misura degli arresti domiciliari" (Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115).

³⁹ C. Bressanelli, "Braccialeto elettronico": alle Sezioni Unite la questione della applicabilità della custodia cautelare in carcere in caso di accertata indisponibilità del dispositivo, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 aprile 2016.

⁴⁰ Sez. II, 29 ottobre 2003, n. 47413, Bianchi; Sez. II, 19 giugno 2012, n. 40680, Botton; Sez. V II, 23 settembre 2014, n. 50400, Di Francesco ed altri; Sez. I, 10 settembre 2015, n. 39529, Quici.

⁴¹ Cass., Sez. I, n. 39529, 10 settembre 2015, n. 39529, Quici.

⁴² Per approfondimenti sul *dictum* delle Sezioni Unite si veda G. Quagliano, *Un ragionevole compromesso delle Sezioni Unite sulla indisponibilità del c.d. "braccialeto elettronico"*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 197 e segg.; G. Rossi, *Custodia cautelare in carcere e braccialeto elettronico. Dubbi interpretativi fra dottrina e giurispru-*

denza e la pronuncia delle Sezioni Unite n. 20769/2016 in Arch. Pen., 2017, 1; I. Guerini, *Più braccialetti (ma non necessariamente) meno carcere: le Sezioni Unite e la portata applicativa degli arresti domiciliari con la procedura di controllo elettronico* in *Dir. Pen. Cont.*, 24 giugno 2016.

⁴³ Un'affermazione in questo senso, dice la Cassazione, "contrasterebbe, peraltro, con lo spirito della riforma in tema di misure cautelari, introdotta, da ultimo, con la legge n. 47 del 2015, caratterizzata dal rafforzamento della funzione di *extrema ratio* attribuita alla custodia cautelare" (pag. 15 della sentenza).

⁴⁴ Anche tale soluzione, ad avviso della Corte, risulta errata, contrastando con i principi di proporzione e di ragionevolezza e introducendo un *favor* non commisurato al convincimento del decidente e alle valutazioni da questo operate in ordine alla individuazione ed alla tutela delle esigenze cautelari (pag. 16).

⁴⁵ G. Rossi, *op. cit.*

⁴⁶ Sez. II, 21 febbraio 2017, n. 25455.

Percorsi di giurisprudenza

Ambito di applicazione della disciplina sull'impignorabilità e inalienabilità delle polizze vita

a cura di Albina Candian e Sara Landini

Le polizze vita rappresentano uno strumento di allocazione della ricchezza in evoluzione con problemi interpretativi per la giurisprudenza con particolare riguardo all'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 1923 c.c. che limita i diritti dei creditori e degli eredi del contraente rispetto al beneficiario.

Premessa: assicurazione vita a favore di terzo e art. 1923 c.c.

L'assicurazione vita rappresenta, anche grazie alla previsione di cui all'art. 1923 c.c., uno strumento privilegiato di investimento del patrimonio e di pianificazione familiare e del passaggio generazionale. La norma prevede infatti che "Le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare.

Sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni."

In tal modo si tenta di bilanciare i diritti dei beneficiari, da un lato, e quelli di eredi necessari e creditori del contraente, dall'altro, che possano vedere una lesione delle proprie pretese attraverso il depauperamento del patrimonio del loro dante causa col pagamento dei premi.

La disciplina e la sua applicazione in ambito fallimentare

La norma apre comunque a questioni interpretative con particolare riferimento all'applicazione dell'art. 1923 c.c. in caso di fallimento del contraente che potrebbe essere anche un soggetto cui si applica la disciplina fallimentare (Si veda Cass. 31 marzo 2008, n. 8271, in *Assicurazioni*, 2009, 341-345). Non solo le persone fisiche, ma anche quelle giuridiche possono stipulare polizze vita a favore assicurando la vita di una persona fisica secondo la formula dell'assicurazione sulla vita del terzo di cui all'art. 1920 c.c.

Un altro ambito applicativo della norma che ha creato contrasti interpretativi è quello delle polizze *linked*. Si tratta di polizze che, detto in estrema sintesi, ancorano il valore del capitale all'andamento di un fondo (*unit linked*) o al livello di un indice di riferimento (*index linked*).

Si precisa sin da ora che le misure cautelari cui la norma si riferisce sono quelle civili e non i sequestri penali. "Il sequestro preventivo può avere ad oggetto una polizza assicurativa sulla vita, dal momento che il divieto di sottoposizione ad azione esecutiva e cautelare stabilito dall'art. 1923 c.c. attiene esclusivamente alla definizione della garanzia patrimoniale a fronte della responsabilità civile e non riguarda la disciplina della responsabilità penale, nel cui esclusivo ambito ricade il sequestro preventivo (Cass. pen., 10 novembre 2016, n. 11945, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. pen., 10 novembre 2011, n. 12838, *ivi* 2011; Cass. pen., 17 aprile 2007, n. 16658, *ivi* 2007. In altri casi i giudici hanno negato l'applicazione dell'art. 1923 per la natura finanziaria della polizza Cass. pen., 12 settembre 2017 n. 47012, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017; Cass. pen., 30 marzo 2016, n. 16750, *ivi*, 2016).

Acquisto del terzo e tutela di eredi e terzi aventi causa dal contraente

Il terzo beneficiario acquista un diritto proprio verso l'assicuratore (Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Foro It.*, 2008, I, 1434 e in *Foro It.*, 2008, I, 2540 (m). La remissione è stata disposta da Cass., 19 settembre 2006, n. 20243, in *Foro It.*, 2006, 3054). Non si tratta pertanto di un diritto *iure successionis* anche se la designazione avviene tramite testamento e anche se la designazione è compiuta indicando come beneficiari i propri "eredi".

Art. 1923 c.c. e successioni

Come detto, occorre comunque tener conto che la prestazione dell'assicuratore sarà costituita dal capitale, versato dal contraente attraverso la corresponsione dei premi, accresciuto dalla gestione che l'assicuratore ha compiuto del capitale medesimo fino al verificarsi dell'evento assicurato. Il diritto del

beneficiario finisce così per trovare, anche solo indirettamente, il proprio fondamento in un detrimento del patrimonio del contraente. Si tratterà pertanto pur sempre di un'attribuzione indiretta *inter vivos* da parte del contraente (**Trib. Vicenza, 21 marzo 2017**, in *Redazione Giuffrè*; Trib. Verona 15 novembre 2016, *ivi*).

Da qui l'evidente conflitto di interessi tra beneficiario, eredi e creditori del contraente.

È per contemperare tali opposti interessi, che l'art. 1923, 2° comma prevede azioni di riduzione, collazione e revocazione, nei limiti dei premi pagati, rispettivamente a favore degli eredi e dei terzi aventi causa dal contraente.

Assicurazione vita e fallimento

All'art. 1923, 1° comma, c.c. è prevista comunque una limitazione dei diritti dei creditori. Si prevede infatti che le somme dovute all'assicurato e al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare. Questa norma dà luogo a problemi interpretativi se letta in combinato con l'art. 46 n. 5 della legge fallimentare ove si prevede che non sono comprese nella massa del fallimento le "cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge". Pertanto se gli indennizzi dovuti in base ad un contratto di assicurazione sulla vita sono impignorabili *ex art.* 1923, gli stessi dovrebbero dirsi altresì non avocabili alla massa fallimentare *ex art.* 46, n. 5 della legge fallimentare.

La tutela dei creditori del titolare del diritto all'indennizzo (assicurato o beneficiario) sarebbe, conseguentemente, limitata ai premi pagati in base al disposto di cui all'art. 1923, 2° comma.

La legge fallimentare non risulta risolutiva della questione. Infatti l'art. 82 L. fall. prevede che il fallimento di regola non sciolga il contratto di assicurazione danni (Cass., 28 agosto 2000, n. 11228, in *Foro It.*, 2001, 1240. Così già Cass., 4 luglio 1969, n. 2465, *ivi*, I, 555).

Più problematica è la sorte dell'indennizzo a copertura dei danni alla persona dell'assicurato. Tali somme rientrerebbero, infatti, nella categoria dei beni e diritti di natura strettamente personale e non sarebbero pertanto avocabili alla massa attiva *ex art.* 46, n. 1 (Cass., 7 febbraio 2007, n. 2719 in *Mass. Foro It.*, 2007; Cass., 11 gennaio 2006, n. 392, in *Giur. It.*, 2006, 1195; Cass., 22 luglio 2005, n. 15493, in *Mass. Foro It.*, 2005; Cass., 28 agosto 2000, n. 11228, in *Foro It.*, 2000, c. 1240).

Nulla dice, però, sulle sorti delle polizze vita. Se ne potrebbe dedurre che queste devono ritenersi sciolte *ipso iure* con la dichiarazione di fallimento.

Non è inoltre chiaro se, in base al combinato di cui agli artt. 1923 c.c. e 46 L. fall., sia esclusa dalla massa fallimentare solo l'indennità assicurativa o anche la quota di riscatto.

Tre erano nella sostanza gli orientamenti interpretativi sul punto.

Il primo era fondato su una lettura strettamente testuale delle suddette norme dalle quali sarebbe desumibile la non avocabilità alla massa fallimentare delle somme dovute dall'assicuratore nelle polizze vita per la loro natura previdenziale (Così già Cass., 28 luglio 1965, n. 1811, in *Foro It.*, 1965, I, 1859. Si veda più recentemente Cass., 25 ottobre 1999, n. 11975, in *Il fallimento*, 2001, 67; Cass., 19 luglio 2004, n. 13342, in *Mass. Foro It.*, 2004).

Sorte delle polizze vita in caso di fallimento

Secondo un'altra tesi le disposizioni in esame non sarebbero poste a tutela della funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita, ma sarebbero volte ad evitare che il fallimento dell'assicurato destabilizzi i bilanci delle imprese di assicurazione a seguito dell'anticipato riscatto delle polizze ad opera del curatore fallimentare. Sarebbero pertanto escluse dalla procedura fallimentare le somme dovute solo finché restano nel patrimonio dell'assicuratore.

Secondo un terzo indirizzo, infine, sarebbero avocabili alla massa fallimentare solo le somme dovute a titolo di riscatto, dal momento che queste non rientrano nel combinato degli artt. 1923 c.c. e 46, n. 5 della legge fallimentare (Cass., 26 giugno 2000, n. 8676, in *Foro It.*, 2001, 1241 e segg.).

Da ultimo le sezioni unite hanno risolto il contrasto affermando che il curatore fallimentare non può agire contro il terzo assicuratore per ottenere il valore del riscatto di una polizza vita e che le stesse somme dovute all'assicurato non possono entrare nella massa fallimentare (**Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271**, cit).

La Corte arriva a tali conclusioni sulla base di considerazioni fondate sull'evoluzione dei fenomeni sociali e del sistema normativo. Si afferma infatti di aver acquisito "la percezione, in termini di diritto vivente, ontologicamente inteso, della dimensione evolutivamente assunta, nell'attuale contesto economico sociale, dallo strumento dell'assicurazione sulla vita, quale forma di assicurazione privata (pur nelle diverse modulazioni negoziali) maggiormente affine agli istituti di previdenza elaborati dalle assicurazioni sociali".

Né avrebbe senso, aggiungiamo noi, in tale logica distinguere il diritto all'indennizzo dal diritto al riscatto essendo quest'ultimo distinto dal primo quantitativamente, perché ridotto in rapporto all'anticipazione della fine del contratto, e non qualitativamente.

Al curatore non resta che la possibilità, *ex art.* 1923, 2° comma, c.c. di agire in revocatoria sui premi pagati dall'assicurato fallito sempre che ne sussistano i presupposti.

Polizze linked e aspetti successori

Come detto la norma contenuta nell'art. 1923 c.c. tenta di bilanciare gli interessi di eredi e dei beneficiari della polizza.

Diritti degli eredi legittimi in caso di polizze linked

Quanto ai beneficiari questi possono trovare un vantaggio nella disposizione di cui all'art. 1923, 2° comma che limita ai soli premi pagati l'applicazione delle norme sulla collazione nonché relative all'imputazione e alla riduzione delle donazioni (Tribunale Bologna, 23 maggio 2001, in *Assicurazioni*, 2002, II, 164). L'erede il quale, lamentando una lesione di legittima, chieda il sequestro conservativo dei premi assicurativi pagati dal “*de cuius*”, ex art. 1923, 2° comma, c.c., ha l'onere di provare che il restante patrimonio del “*de cuius*” non sia sufficiente a soddisfare la sua quota di legittima.

L'acquisto dei beneficiari e degli eredi, che non siano anche beneficiari e che acquistino le somme provenienti da una polizza vita entrate nel patrimonio del *de cuius iure successionis*, sono distinti tanto che, come affermato in giurisprudenza: “Nell'assicurazione sulla vita, nel caso di morte di uno dei beneficiari, il diritto all'indennizzo si trasmette ai di lui eredi, e non si accresce agli altri beneficiari.” (Tribunale Roma, 2 dicembre 2002, in *Giur. Merito*, 2003, 171, 1542).

Ancora occorre considerare che la qualifica dell'acquisto *iure successionis* o come beneficiario con la applicazione dell'art. 1923 c.c. non dipende dal *nomen* utilizzato nella designazione.

“Nel contratto di assicurazione per il caso di morte, il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1920, 3° comma, c.c., un diritto proprio che trova la sua fonte nel contratto e che non entra a far parte del patrimonio ereditario del soggetto stipulante e non può, quindi, essere oggetto delle sue (eventuali) disposizioni testamentarie né di devoluzione agli eredi secondo le regole della successione legittima; sicché la designazione dei terzi beneficiari del contratto, mediante il riferimento alla categoria degli eredi legittimi o testamentari, non vale ad assoggettare il rapporto alle regole della successione ereditaria, trattandosi di una mera indicazione del criterio per la individuazione dei beneficiari medesimi in funzione della loro astratta appartenenza alla categoria dei successori indicata nel contratto, in modo che qualora i beneficiari siano individuati, come nella specie, negli eredi legittimi, gli stessi sono da identificarsi con coloro che, in linea teorica e con riferimento alla qualità esistente al momento della morte dello stipulante, siano i successibili per legge, indipendentemente dalla loro effettiva chiamata all'eredità.” (Cass., 21 dicembre 2016, n. 26606, in *Giust. Civ. Mass.* v. già Cass., 10 novembre 1994, n. 9388, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 949).

Art. 1923 c.c. e polizze linked

Come detto alcune norme proprie del contratto di assicurazione sulla vita, la cui applicabilità è motivo di “appetibilità” dei prodotti linked (si pensi appunto all'art. 1923 sulla impignorabilità), sono ritenute, dai fautori della tesi non assicurativa delle polizze linked, inapplicabili a queste in quanto mancherebbero della funzione previdenziale propria dei contratti di assicurazione sulla vita che giustifica tali norme a favore dei beneficiari (Tribunale Parma, 10 agosto 2010, in *Dir. e Fiscal. Assicur.*, 2011, 2, 710). Contro questa posizione si è eccepito che l'art. 1923 non sarebbe espressione della funzione previdenziale del contratto di assicurazione, ma sarebbe stato previsto in funzione della gestione assicurativa dei premi incassati pertanto sarebbe applicabile anche alle *polizze linked* indipendentemente dalla loro funzione previdenziale.

In giurisprudenza si tende a dare rilevanza alle garanzie al fine di ritenere applicabile l'art. 1923 alle *polizze linked* seguendo la tesi del contratto misto sopra richiamata. Se il contratto lega la somma dovuta a titolo di capitale finale ad un indice di borsa o al valore della quota di un fondo comune, ma garantisce il pagamento di una somma minima calcolata in modo tale da considerare avvenuto il trasferimento del rischio demografico, allora la causa concreta di quel contratto sarà comunque assicurativa (Trib. Cagliari, 2 novembre 2010, n. 3233, in *Riv. Giur. Sarda*, 2011, I, 394. Nello stesso senso, giud. pace Palermo, 25 gennaio 2012, in *dirittobancario.it.*).

Riportiamo qui i diversi orientamenti sulla qualificazione delle *polizze linked*.

Sul punto si possono enunciare le seguenti posizioni.

Tesi a favore dell'applicabilità dell'intera disciplina del contratto di assicurazione sulla vita alle polizze linked

1. Le polizze *linked* hanno natura assicurativa essendo l'esigibilità del diritto di credito al capitale collegato al verificarsi di un evento attinente alla vita umana ex art. 1882 c.c. Né ha rilevanza la componente finanziaria del prodotto in quanto le stesse polizze vita pure hanno da sempre avuto una funzione anche di investimento.

In tal senso si colloca la sentenza della Corte di Giustizia EU la quale afferma che “Le polizze cd. *unit linked* in cui il rischio di investimento dei premi grava sull'assicurato, sono contratti di assicurazione sulla vita in quanto rientranti tra i rami vita, come si ricava espressamente dall'allegato I, punto III, della Dir. 2002/83/Ce (cd. direttiva vita). Ne consegue che a tali polizze non si applica la Dir. 85/577/Ce per la tutela dei consumatori nel caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali che, all'art. 3, par. 2, lett. d), esclude dal suo ambito di applicazione i contratti di assicurazione.” (Corte giustizia UE, Sez. V, 1 marzo 2012, n. 166). Si tratta di un principio di diritto che ha trovato seguito anche in sentenze dei giudici italiani (Tribunale Livorno, 12 febbraio 2015, *Redazionale Giuffrè*). Anche da

ultimo la giurisprudenza di merito ha affermato che “Le polizze ‘Index *linked*’, attraverso il meccanismo del collegamento ad un valore di riferimento, permettono di sfruttare l’eventuale rialzo dei mercati finanziari, ma non è meno vero, tuttavia, che, pur avendo al loro interno tale componente finanziaria, esse rimangono comunque prodotti assicurativi, sia perché l’assicuratore corre il rischio c.d. demografico, in quanto la prestazione è comunque dovuta al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (copertura caso morte), sia perché il rischio delle perdite finanziarie è sostenuto dall’assicuratore quanto meno nel consentire, a determinate condizioni, il riscatto anticipato della polizza. Ne consegue che, se lo schema giuridico delle polizze ‘Index Linked’ è quello di un contratto di assicurazione sulla vita, è corretto affermare che tale contratto è caratterizzato dalla certezza della prestazione prevista alla scadenza della polizza (capitale minimo liquidabile alla scadenza) e dalla funzione di garanzia del risparmio e che deve ritenersi escluso qualsiasi rischio finanziario a carico dell’assicurato-contrante.” (App. Roma, 31 luglio 2017, n. 5204, *Redazionale Giuffrè*).

Tesi contraria

2. Altri, in ragione della prevalenza della componente finanziaria delle polizze in parola, giungono ad affermare la “sostanziale perdita di natura giuridica assicurativa” delle stesse. Si tratta di una tesi che trova accoglimento nella giurisprudenza italiana.

La Corte di cassazione ha affermato che nel contratto di assicurazione la componente di rischio rileva in senso causale, mentre nel contratto d’investimento il rischio è estraneo alla causa e rientra nella normale alea contrattuale. Rileverebbe poi la differente modalità di assunzione del rischio poiché “nel contratto d’assicurazione vita esso è assunto dall’assicuratore, il cui margine di profitto è direttamente proporzionale alla frazione di tempo intercorrente tra la stipula del contratto e l’evento della vita in esso dedotto.

Nello strumento finanziario, invece, il rischio concernente la performance del prodotto è a carico dell’investitore e non dipende dal fattore tempo, bensì dalle dinamiche dei mercati mobiliari, dal rendimento del titolo e dalla solvibilità dell’emittente (Cass., 18 aprile 2012, n. 6061).

La giurisprudenza di merito fa applicazione di questo principio enunciato dalla Cassazione affermando che compito dell’interprete è esaminare la differente collocazione del rischio a carico dell’una e dell’altra parte ai fini della qualificazione del rapporto in termini di strumento finanziario o di un contratto di assicurazione sulla vita.

Si tende così ad individuare una causa mista dei contratti *linked* e ad attribuire a tali polizze funzione di investimento o funzione previdenziale a seconda delle condizioni del contratto.

In alcuni casi si è concluso nel senso che polizza vita *linked* sarebbe un contratto con causa mista atipica, a contenuto prevalentemente finanziario e, in via residuale, assicurativo: la causa prevalente del negozio, infatti, appare essere quella finanziaria, laddove la polizza vita ha solamente lo scopo di individuare i momenti in cui l’assicuratore dovrà effettuare la prestazione di rimborso cui è tenuto. (Trib. Torino, 17 marzo 2016, in *De Jure*).

Si è detto anche che “le polizze *unit linked* che prevedono la prestazione dell’assicuratore determinata a posteriori sulla base dei risultati degli investimenti dei premi corrisposti dal sottoscrittore escludendo la garanzia di rimborso dell’intero premio ma prevedendo una garanzia parziale, non possono essere qualificate come prodotti puramente finanziari ma costituiscono prodotti a componente mista, assicurativa e finanziaria” (Tribunale Milano, 16 aprile 2015, n. 30127, in *ilcaso.it*. Così anche App. Milano, 11 maggio 2016 in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 2, 574).

Non mancano orientamenti che qualificano le polizze *unit* come prodotti finanziari tout court per mancanza di garanzia di restituzione del capitale e di rendimento (Trib. Gela, 2 marzo 2013, in *Redazionale Giuffrè*).

Né può dirsi risolutiva della questione la pronuncia della Cassazione civile:

“Le somme versate dalla compagnia assicuratrice all’assicurato fallito a titolo di riscatto della polizza vita sono sottratte all’azione di inefficacia di cui all’art. 44 L. fall. in virtù del combinato disposto degli artt. 1923 c.c. e 46, 1° comma, n. 5, L. fall., riguardando l’esonero dalla disciplina del fallimento tutte le possibili finalità dell’assicurazione sulla vita e, dunque, non solo la funzione previdenziale ma anche quella di risparmio.” (Cass., 14 giugno 2016, n. 12261, in *Giust. Civ. Mass.*).

Il principio di diritto qui enunciato in realtà non chiarisce il problema dell’applicabilità dell’art. 1923 alle polizze *linked* in quanto il fatto non concerne una polizza *linked* ma una previsione di riscatto anticipato a domanda dell’assicurato in una polizza vita.

Riteniamo importante comunque anche ai fini del punto precedente prendere atto di quanto detto dalla Cassazione rispetto al quarto motivo del ricorso che qui riportiamo.

“quarto motivo deduce violazione dell’art. 44 L. fall. in conseguenza della violazione dell’art. 1923 c.c. e L. fall., art. 46, 1° comma, n. 5) e chiede alla Corte di dire se, alla luce della sentenza n. 8271/2008 emessa dalle Sezioni unite, nel caso di riscatto della polizza vita, anche se il riscatto venga esercitato dall’assicurato successivamente alla dichiarazione di fallimento del medesimo, la prestazione della compagnia assicuratrice non sia soggetta alla declaratoria di inefficacia ai sensi della L. fall., art. 44, trattandosi di bene non compreso nel fallimento, essendo quindi irrilevante il momento in cui il riscatto sia avvenuto, ovvero sia liquidata la prestazione di polizza.”

Il motivo sarebbe, ad avviso della Corte, fondato nei limiti delle considerazioni che seguono.

La tesi
del negozio
misto

“La sentenza impugnata ha ritenuto di poter distinguere tra finalità previdenziale della polizza, connessa alla sua escussione al verificarsi di uno degli eventi protetti, e finalità di risparmio, connessa invece all’ipotesi di riscatto anticipato a domanda dell’assicurato. E in conseguenza ha affermato che solo nella prima ipotesi si è in presenza di una vera funzione previdenziale, come tale sottratta alla avocazione alla disciplina fallimentare per il combinato disposto della L. fall., art. 46, 1° comma, n. 5 e L. fall., art. 44, mentre nell’altra non vi sarebbe ragione di estendere tale forma di tutela, essendo la fattispecie in tutto e per tutto assimilabile a un pagamento avvenuto dopo il fallimento, come tale aggredibile dalla massa a tutela della *par conditio creditorum*.

Tali affermazioni non tengono tuttavia conto di quanto espressamente affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte nella sentenza 31 marzo 2008, n. 8271, laddove si legge che il ‘rilievo e spessore costituzionale appunto – che va riconosciuto al valore della ‘previdenza’ (qui legata ai bisogni dell’età post-lavorativa o derivante dall’evento morte di colui che percepisce redditi dei quali anche altri si avvalga), che la norma in esame (unitamente ad eventuali e, in varia misura, concorrenti finalità di risparmio) è volta a tutelare (in via sia diretta, attraverso la garanzia del credito del singolo assicurato, sia indiretta attraverso la protezione del patrimonio dell’assicuratore, posto così al riparo dal contenzioso dei creditori, i cui costi andrebbero a detrimento degli assicurati per via di innalzamento dei premi); e, per altro verso, la percezione, in termini di diritto vivente, ontologicamente inteso, della dimensione evolutivamente assunta, nell’attuale contesto economico sociale, dallo strumento (che in ragione, appunto, della sua funzione previdenziale, il ‘divieto’ sub art. 1923 c.c., è volto a presidiare) dell’assicurazione sulla vita, quale forma di assicurazione privata (pur nelle possibili sue varie modulazioni negoziali) maggiormente affine agli istituti di previdenza elaborati dalle assicurazioni sociali’. Né rileva che non si tratti di riscatto del curatore, ma di richiesta di inefficacia di un pagamento avvenuto direttamente nelle mani dell’assicurato fallito, atteso che in ogni caso non v’è spazio alcuno per ritenere possibile un distinguo all’interno della generale natura previdenziale attribuita alla polizza dalla citata giurisprudenza delle Sezioni unite, da cui non vi è motivo di discostarsi.” (Così Cass., 14 giugno 2016, n. 12261. Si veda anche **Cass., 6 febbraio 2015, n. 2256**, in *Resp. Civ. Prev.*, 2015, 3, 969 per la quale ove l’assicuratore abbia versato al fallito, dopo la dichiarazione di fallimento, gli importi dovuti a titolo di riscatto per la polizza stipulata dal fallito in bonis, il pagamento così effettuato rientra nella sanzione di inefficacia di cui all’art. 44, 2° comma, L. fall.).

Natura e forma
delle linked

Da ultimo la giurisprudenza di merito, considerando la natura finanziaria delle polizze *linked*, è arrivata ad affermare che: “Le polizze vita *unit linked*, indipendentemente dal nomen iuris attribuito, costituiscono un investimento che ha ad oggetto la performance – fortemente altalenante – del prodotto finanziario acquistato (nel caso di specie le azioni del fondo di investimento), ribaltando in tal modo il rischio totalmente a carico dell’assicurato e facendolo dipendere, non dal fattore vita o morte dello stesso, ma dall’andamento delle fluttuazioni del mercato. Poiché nella specie è stata prodotta in giudizio la sola proposta di polizza e successiva accettazione, e non anche il contratto quadro, deve inferirsene la nullità dell’operazione negoziale avente ad oggetto l’acquisto della detta polizza *unit linked* ai sensi dell’art. 23 TUF”: **Trib. Bari 28 febbraio 2017**, in *Redazionale Giuffrè*. Si tratta di una posizione che pone evidenti problemi nel concepire un accordo quadro a monte, peraltro sul modello Consob, per una polizza vita *linked* che rappresenta un piano di investimento di per sé ed per ciò già molto vicina almeno funzionalmente ad un accordo quadro.

Dottrina e attualità giuridiche

Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la “Riforma Madia”

a cura di di Alessandro Bellavista e Alessandro Garilli*

Breve storia di una riforma incompiuta, Alessandro Garilli

Reclutamento e fabbisogni di personale dopo il D.Lgs. n. 75/2017, Alessandro Riccobono

Utilizzo dei contratti flessibili e stabilizzazione del personale precario, Cinzia De Marco

Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia, Alessandro Bellavista

Incompatibilità ed incarichi, Massimiliano Marinelli

Il procedimento disciplinare, Massimiliano Marinelli

Il licenziamento disciplinare, tra *marketing* politico e coerenza sistematica, Marina Nicolosi

La valutazione della *performance* nella “Quarta” riforma del lavoro pubblico, Alessia Gabriele

Breve storia di una riforma incompiuta

Alessandro Garilli

Le riflessioni che seguono sono incentrate sulle parti della legge delega n. 124/2015 che delimitano lo spazio entro cui il Governo era tenuto a esercitare il potere delegato riguardo alle riforme della dirigenza e dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. All'analisi degli effetti della sentenza della Corte cost. n. 251/2016 segue un sintetico esame critico dello schema di decreto legislativo sulla dirigenza, ritirato dal Governo, e una valutazione dell'impatto del protocollo d'intesa del 30 novembre 2016 sul decreto legislativo n. 75/2017, di cui vengono messe in evidenza le lacune e i problematici profili di incompatibilità con i principi dettati dalla norma delegante.

Il lascito della terza riforma

Il processo di trasformazione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, avviato nel lontano 1992, procede senza soste, talvolta con aggiustamenti normativi parziali e di dettaglio, talaltra con interventi ad ampio spettro, comunque sempre lungo un percorso di cui non è facile cogliere le linee direttive. Il fatto è che la purezza del modello che aveva ispirato il legislatore della prima (1992-1993) e della seconda riforma (1997-1998) viene corrotta dalla nostalgia per il regime pubblicistico, che si manifesta con la successiva riforma del 2009 e che perdurerà anche negli anni successivi. Beninteso, il *revirement* non ha comportato il ritorno all'*ancien régime*, che del resto è all'origine delle disfunzioni della pubblica amministrazione; ma si è risolto nell'attribuzione di un ruolo esorbitante della legge e in una visione autoritaria ed etero diretta degli apparati burocratici nell'intento, in sé apprezzabile, di cor-

reggere le storture del sistema, imputate ad un eccesso di contrattualizzazione e ad una carenza di capacità ed autonomia della dirigenza¹.

Infatti il progetto, solo apparentemente ispirato alla cultura aziendale, di fatto è costruito su una complessa procedura, il ciclo della *performance*, che dovrebbe avere quale baricentro la valutazione del personale e soprattutto della dirigenza. Esso è destinato ad infrangersi sugli scogli di una fitta trama normativa che contraddice il sogno tecnocratico e la stessa concezione di privatizzazione “pura”. A differenza di quanto accade nell'impresa, le prerogative del *management* risultano compresse dall'intervento pervasivo della legge, che schiaccia i dirigenti entro un sistema di regole organizzative e procedurali che ne limitano fortemente l'autonomia e la funzione manageriale; e, per di più, non risolvono adeguatamente il nodo problematico del rapporto tra dirigenza e potere politico, nodo che risulta ancora caratterizzato da una subalternità della prima

* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Cfr. Napoli, *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in Napoli-Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova,

2013, 5 e segg.; Garilli, *Il tormentato percorso della privatizzazione*, *ivi*, 21 e segg.; Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico “privatizzato”*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, 500 e segg.; Bordogna-R. Pedersini, *Economic crisis and the politics of public service employment relations in Italy and France*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2013, 334 e segg.

al secondo anche nei momenti gestionali e di produzione dei servizi. Inoltre, il tasso di regolazione eteronoma viene rafforzato a discapito della contrattazione collettiva², la quale è destinata a perdere centralità perfino in diversi istituti regolativi del rapporto di lavoro, quali la retribuzione (con la previsione dell'intervento sostitutivo del governo ai sensi dell'art. 47 *bis* T.u.p.i.), la mobilità (interna ed esterna), il procedimento disciplinare e le sanzioni (specie con riguardo ai licenziamenti), le tipologie di contratti flessibili. E non è solo il livello di comparto a subire una significativa compressione di competenze: la contrattazione integrativa, che la legge (con una petizione di principio) finalizza al raggiungimento di adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, viene in pratica deprivata oltre che, com'è ovvio, di competenza sull'organizzazione degli uffici, anche di qualsivoglia incidenza sull'organizzazione del lavoro, ed è inoltre limitata negli spazi di intervento sullo stesso trattamento accessorio (meriti e premi collegati al ciclo della *performance*) in quanto i criteri di individuazione delle voci premiali e di valutazione sono definiti dalla fonte eteronoma (legge, atti di macro e micro organizzazione), restando alla contrattazione esclusivamente la gestione della fase distributiva delle risorse nell'ambito delle fasce predeterminate dalla legge. Ma vi è di più, giacché la riserva di competenza della contrattazione integrativa nelle materie ad essa demandate, e soprattutto nell'assetto del sistema incentivante, subisce un forte condizionamento dalla nuova disciplina della regolazione provvisoria unilaterale della pubblica amministrazione in caso di mancato accordo e fino alla successiva sottoscrizione. Si tratta di una clausola in bianco che rende la parte pubblica decentralizzata arbitra dell'attività contrattuale³.

Anche le forme di partecipazione vengono investite dalla terza riforma, che prevede soltanto quella più blanda della mera informazione, preventiva per gli interventi sull'organizzazione del lavoro e successiva per gli uffici. La L. n. 135/2012 modifica però questo regime ripristinando l'esame congiunto per le "misure riguardanti i rapporti di lavoro", così come era previsto dal D.Lgs. n. 29/1993.

Il progetto di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Cenni generali

Nel luglio 2014 il Governo Renzi dà l'avvio ad una nuova azione riformista della pubblica amministrazione con un disegno di legge delega (1577 A), "collegato" alla manovra di bilancio per il 2015-2017, e in qualche misura anticipato dal D.L. n. 90/2014, conv. dalla L. n. 114/2014⁴. Se quest'ultimo contiene "misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa" – tra le quali l'abrogazione

della disciplina dei trattenimenti in servizio per favorire il ricambio generazionale, la mobilità obbligatoria d'ufficio del personale entro cinquanta chilometri dalla sede di provenienza e la riduzione dei contingenti complessivi dei distacchi, aspettative e permessi sindacali – il D.D.L. intitolato "riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" intende porre mano ad una riforma sistemica dell'azione pubblica, di natura ordinamentale, che si pone in continuità con gli altri interventi strutturali rivolti a cambiare il volto del Paese (in materia di lavoro, giustizia, scuola), e che in particolare avrebbe dovuto essere collegata alla revisione della Costituzione (il testo approvato il 12 aprile 2016 dalla Camera dei deputati non ha poi superato il vaglio referendario).

Il D.D.L. è stato convertito con modificazioni non sostanziali nella L. 7 agosto 2015, n. 124. Essa è suddivisa in quattro capi: "Semplificazioni amministrative", "Organizzazione", "Personale" e "Deleghe per la semplificazione normativa". Le disposizioni sul lavoro pubblico sono contenute nel capo dedicato al Personale, che riguarda principalmente la dirigenza (art. 11) e nell'ultimo capo in cui sono indicati (art. 16) procedure e criteri per l'esercizio delle deleghe legislative di semplificazione mediante l'elaborazione di testi unici nelle materie del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa, della partecipazione societaria delle amministrazioni pubbliche e, infine, dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Specifici principi e criteri direttivi si aggiungono poi a quelli generali per il "Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" (art. 17). Nel prosieguo della trattazione ci si occuperà delle deleghe relative alla dirigenza e alla disciplina sull'organizzazione del lavoro.

Di quest'ultima è arduo coglierne la linea portante: il testo infatti è organico e dettagliato nel configurare la riforma della dirigenza; mentre per la delega in ordine alla complessiva disciplina del lavoro pubblico è alquanto vago, dando l'impressione che i *conditores* non abbiano raggiunto un sufficiente grado di maturazione idoneo ad individuare tutti i nodi problematici e offrire soluzioni esaustive⁵. Tale discrasia può trovare spiegazione nel fatto che l'asse portante della riforma ruota attorno alla dirigenza, che si vuole dotare di uno statuto garantista, innestando profili di tipo pubblicistico nel rapporto con il potere politico-amministrativo al fine di salvaguardarne l'autonomia ed accrescerne la professionalità. E non è un caso che i termini per esercitare la delega su tale punto fossero anticipati rispetto al riordino della restante normativa: dodici mesi per i primi e diciotto per i secondi. Con una tempistica opinabile, sol che si consideri il nesso inscindibile che lega entrambi gli

² Cfr. Bellavista, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in Napoli-A. Garilli (a cura di), *La terza riforma*, cit., 393, e Id., *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico*, *ivi*, 575.

³ Per una disamina della contrattazione integrativa alla luce della riforma Brunetta si rinvia a Viscomi, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, 249 e segg.; Bellavista, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, cit., 423-436.

⁴ Cfr. Boscati, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, 233 e segg.; Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle*

regole e modelli, *ivi*, 2014, 461 e segg.; Viscomi, *La riforma dell'Amministrazione del Governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577*, *ivi*, 477 e segg.; Garilli, *Continuità e discontinuità nella disciplina del trasferimento del personale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 559 e segg.

⁵ Cfr. Bellavista-Barbieri, *Introduzione. Una riforma senz'anima*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 474 secondo cui "i principi di delega, nelle materie più importanti... sono estremamente indeterminati"; Zoppoli, *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 518.

interventi; e ciò tanto più in quanto la delega sulla revisione del sistema di valutazione della *performance*, che è elemento centrale per garantire l'efficacia dell'azione amministrativa, è agganciata alla seconda fase.

Gli esiti dell'incostituzionalità delle legge delega

Il progetto riformista viene anticipato da un provvedimento stralcio (D.Lgs. 20 giugno 2016, n. 116) che riguarda una singola ipotesi di illecito, la falsa attestazione della presenza in servizio, la cui regolazione contenuta nell'art. 55 *quater*, D.Lgs. n. 165/2001, era ritenuta insufficiente per arginare una pratica assai diffusa e a cui i media hanno dato particolare risalto negli ultimi tempi. Su di esso si rinvia ai contributi che si occupano della materia.

Successivamente, il 24 novembre 2016, nell'imminenza della scadenza del termine per esercitare la delega, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di decreto legislativo sulla dirigenza, che però non è stato presentato al Presidente della Repubblica per la sua emanazione, a seguito della pubblicazione il giorno successivo della sentenza della Corte cost. n. 251/2016. Questa, ad una prima, superficiale lettura sembrava travolgere l'intero progetto riformista. Ma ad un più attento esame deve pervenirsi ad una diversa interpretazione⁶.

La Corte, chiamata a risolvere un conflitto di competenze tra Stato e regioni (sollevato dalla Regione Veneto), ha dichiarato l'incostituzionalità di quasi tutte le disposizioni contenute negli artt. 11 (riforma della dirigenza) e 17 (rioridino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle p.a.) della L. n. 124/2015 (nonché di altre non pertinenti a questa indagine) "nelle parti in cui prevede che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni". Certo, a parziale giustificazione dell'operato di Governo e Parlamento nella redazione del testo di legge, deve rilevarsi che la sentenza innova la precedente giurisprudenza, secondo cui, nell'attuale assetto costituzionale relativo alle istituzioni parlamentari e ai procedimenti legislativi, sarebbe impossibile prefigurare un coinvolgimento delle regioni nella fase di adozione degli atti legislativi e non soltanto in quella di attuazione della legge statale⁷. Ciò è riconosciuto dalla stessa Corte, la quale ha tuttavia precisato, a motivazione del "cambiamento di indirizzo", che "là dove, tuttavia, il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all'intesa. Quest'ultima si impone, dunque, quale cardine della leale collaborazione anche quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell'art. 76 Cost.". Superato questo scoglio il cammino verso l'incostituzionalità della legge procede *de plano*, nel solco di solidi precedenti e dunque con esito scontato. Afferma infatti la Corte

che il legislatore, dal momento che ha indicato principi e criteri direttivi (peraltro molto puntuali in tema di riorganizzazione della dirigenza) per la riforma di istituti "che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse", e "non risolvibili mediante il criterio della prevalenza del legislatore statale", avrebbe dovuto vincolare il governo, nell'adozione dei decreti legislativi, a procedure di consultazione con le Regioni, che comportino, per il superamento delle divergenze, "la reiterazione delle trattative o specifici strumenti di mediazione"; fermo restando, in caso di esito negativo, il ruolo di decisore finale dello Stato. Viene pertanto censurata la previsione di un mero parere e non dell'intesa quale espressione del principio di leale collaborazione; e viene inoltre corretto l'organismo a cui la legge fa talvolta riferimento, che non è come indicato la Conferenza unificata, ma appunto quella Stato-Regioni.

Si deve tuttavia osservare che la sentenza, se approfondisce in modo esauriente la distinzione tra norme che regolano il rapporto di lavoro, ascritte all'ordinamento civile e quindi di competenza dello Stato, e norme che incidono sull'organizzazione amministrativa delle regioni, di competenza legislativa residuale di queste ultime, suscita qualche perplessità nell'applicazione del distinguo alle singole fattispecie oggetto di censura. Infatti, tanto per la dirigenza che soprattutto per i rapporti di lavoro dei dipendenti, si rinvengono disposizioni della delega che attengono a profili strettamente privatistici, quali ad esempio il trattamento economico, il regime delle responsabilità, le tipologie contrattuali. Il che avrebbe consentito di salvare, senza necessità di correttivi, il ricordato decreto legislativo sulle false attestazioni della presenza in servizio. Ma la Consulta ritiene che la riconduzione all'una o all'altra competenza delle singole materie non sia conducente, in quanto "tutte confluiscono" nella riforma della dirigenza e "nella riorganizzazione del lavoro alle dipendenze delle p.a., in una prospettiva unitaria, rivelandosi inscindibili e strumentalmente connesse". E pertanto sfuggono alla mannaia di incostituzionalità dell'art. 11 le disposizioni sulla dirigenza statale, e dell'art. 17 solo alcune norme di generico indirizzo o comunque estranee all'impianto complessivo della riforma (sistema informativo nazionale, compiti dell'Aran e revisione delle competenze della contrattazione integrativa, rilevazione delle competenze dei lavoratori, istituzione di una consulta nazionale per l'integrazione nell'ambiente di lavoro dei disabili e l'istituzione (nelle amministrazioni con più di 200 dipendenti) di un responsabile dei processi per il loro inserimento, la previsione del ricambio generazionale.

La sentenza può ascriversi alla tipologia di quelle "additive di procedura", in cui il contenuto dell'addizione ha ad oggetto il procedimento di formazione o della legge sottoposta a giudizio, o di altri provvedimenti – nel nostro caso i decreti delegati – che debbono attuarne le disposizioni. Da ciò consegue che la decisione della Corte non travolge la legge delega⁸, che viene invece modificata e integrata, ma impone che il Governo si conformi alla prescrizione pro-

⁶ Sulle interpretazioni della sentenza cfr. Talamo, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2016, I, 297 e segg.; Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione*

pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope ... allo specchio, in *Ass. It. Cost.*, n. 1/2017.

⁷ Cfr., tra le tante, le sentenze della Corte cost. nn. 250/2015, 112/2010, 249/2009, 158/2008 e le osservazioni in *Cons. St.*, Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5035.

⁸ *Contra*, Nocilla, *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della de-*

cedurale, inserendo una nuova fase, quella dell'intesa, nell'iter formativo dei decreti legislativi. Questa lettura è ricavabile da quella parte della motivazione in cui la Corte fa espressamente salve le disposizioni attuative, precisando che, "nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione".

Caduto il Governo Renzi, a seguito delle dimissioni di questi dopo la sconfitta referendaria sulla riforma della Costituzione, il nuovo esecutivo presieduto dall'on.le Gentiloni si è posto in linea di continuità con il precedente, vuoi per la sua composizione, giacché risultano confermati molti dei precedenti ministri tra cui quello per la semplificazione e la pubblica amministrazione, vuoi per gli obiettivi programmatici. Secondo i suggerimenti espressi dal Consiglio di Stato⁹, a cui la Presidenza del Consiglio ha sottoposto le questioni interpretative sull'attuazione dei decreti legislativi emanati sulla base della L. n. 124/2015, il Governo ha sanato il vizio procedimentale con i decreti correttivi (che potevano essere emanati entro dodici mesi dall'adozione di quelli originari), facendo così confluire le prescritte intese in quelli originari. Ciò ha permesso di recuperare il decreto sulla dirigenza sanitaria (D.Lgs. n. 171/2016 corretto dal D.Lgs.n. 126/2017), il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016 corretto dal D.Lgs. n. 100/2017) e il ricordato decreto sui "furbetti del cartellino" (corretto dal D.Lgs. n. 118/2017 con riguardo ai termini del procedimento disciplinare). Per i decreti di modifica delle discipline sull'ordinamento del lavoro (D.Lgs. n. 165/2001) e sulla produttività del lavoro ed efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni (D.Lgs. n. 150/2009), in conseguenza del termine più lungo per l'esercizio della delega, il Governo è rimasto nella pienezza dei poteri, subordinati ovviamente al rispetto delle indicazioni della Consulta.

Diverso è il percorso ipotizzabile per la dirigenza, nei cui confronti la delega era scaduta. Il Consiglio di Stato ha ipotizzato due possibili percorsi: o l'adozione di una nuova legge delega conforme ai vincoli procedurali sanciti dalla sentenza della Corte costituzionale, o la presentazione in Parlamento di un disegno di legge governativo che riproducesse in tutto o in parte il contenuto del decreto ritirato. Per questa seconda soluzione peraltro il Consiglio di Stato non ritiene necessario osservare il meccanismo dell'intesa (che la Consulta riserva soltanto ai provvedimenti attuativi dell'esecutivo), fermo restando, ovviamente, il limite del rispetto, sul piano sostanziale, delle regole costituzionali di riparto delle funzioni legislative. Ma né l'una né l'altra ipotesi sono state percorse dal Governo.

La configurazione della dirigenza nello schema di decreto legislativo

Pur se la partita sulla dirigenza deve ritenersi chiusa almeno in quest'ultimo scorcio di legislatura, giacché, come detto, si è consumato il potere delegato al Governo e, di conseguenza, è decaduta l'intera normativa di riferimento contenuta nell'art. 11 della legge, sembra opportuno dedicare qualche cenno alla riforma esitata che verosimilmente costituirà una traccia per un futuro, ineludibile intervento sulla materia¹⁰.

I criteri indicati dalla delega per una nuova configurazione della dirigenza si muovono nell'ottica di marcare la separazione funzionale tra politica e amministrazione, favorire la mobilità e migliorare la formazione professionale mediante la revisione dell'ordinamento e dell'assetto organizzativo della Scuola nazionale dell'amministrazione. Il pilastro fondamentale della riforma poggia sulla costituzione di tre ruoli unici – in cui confluiscono, senza distinzioni in fasce, i dirigenti delle amministrazioni dello Stato, delle regioni e degli enti locali – che però non ostano al conferimento di incarichi a dirigenti iscritti in un ruolo diverso da quello proprio dell'amministrazione conferente. L'immissione nei ruoli avviene dopo un periodo in cui, a seconda delle modalità di reclutamento – corso concorso gestito dalla SNA o concorso – il vincitore è assunto come funzionario o con contratto a termine, e abbia ottenuto nel primo caso una valutazione positiva e superato un esame di conferma nel secondo. Il governo dell'intero sistema è affidato a distinte commissioni, una per ciascun ruolo, che, oltre a definire i criteri generali di conferimento degli incarichi e ad accertare il concreto utilizzo dei sistemi di valutazione, sovrintendono alla fase di iscrizione nel ruolo dell'amministrazione che ha conferito il primo incarico e gestiscono direttamente le procedure di preselezione dei candidati agli incarichi dirigenziali generali mediante la formazione di una rosa di cinque idonei, mentre esercitano un controllo di congruità sulle scelte effettuate dall'amministrazione per gli altri incarichi. Infine esprimono parere non vincolante sulla decadenza dagli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione.

Sul testo del decreto legislativo ritirato erano stati formulati diversi rilievi nei pareri espressi dalla Conferenza unificata, dalle commissioni Camera e Senato e dal Consiglio di Stato. Quest'ultimo, con articolate e puntuali argomentazioni, pur apprezzando il disegno complessivo della riforma, aveva sollevato critiche – fatte proprie anche dagli altri organismi coinvolti – sia sotto il profilo (poi accolto dalla Consulta) delle procedure di consultazione con le regioni (principio di leale collaborazione) per l'incidenza di diversi istituti su competenze statali e regionali, sia nel merito per la carenza di regole precise e "trasparenti in grado di cir-

lega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi, in *Giur. Cost.*, 2014, 3755.

⁹ Cons. Stato, Commissione speciale del 17 gennaio 2017 (n. 83/17), in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰ Cfr. Battini, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Relazione al 62° Convegno di Studi amministrativi, Varenna 22-24 settembre 2016 in *www.eticapa.it*; D'Alessio, *La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 1 e segg.; Id., *Il nuovo statuto della*

funzione pubblica nella legge delega n. 124 del 2015: la dirigenza, in Ist. Fed., 2015, 591 e segg.; Zoppoli, *Alla ricerca della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 529 e segg.; Viscomi, *Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali: note introduttive*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, 4 e segg.; Borgogelli, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in *Lav. Pubbl. Amm.* 2014, 696 e segg.; Deodato, *Brevi riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, 945 e segg.

condare il rapporto dirigenziale di adeguate garanzie nelle fasi, di maggiore delicatezza nella costruzione della relazione tra politica e amministrazione, costituite dal momento iniziale di conferimento degli incarichi e da quello finale di cessazione del rapporto”¹¹. Le osservazioni furono recepite solo in parte e non per l’aspetto procedurale. Limitandoci a una breve riflessione, va detto che il sovraccarico normativo non sembra idoneo a raggiungere l’indicato obiettivo di aumentare l’autonomia del dirigente rispetto al potere politico, e quindi consentirgli concretamente, e senza condizionamenti, l’esercizio dei poteri datoriali. Deve tuttavia esprimersi un giudizio positivo sull’introduzione delle commissioni, che si pongono quali organismi interposti garanti della valutazione dei soggetti cui conferire l’incarico secondo principi di imparzialità e di competenze; anche se residua qualche perplessità sulla loro composizione (nonostante le modifiche apportate in sede di stesura finale del provvedimento) che non ne assicura la terzietà, e sulla loro effettiva capacità di gestire i processi. Vanno invece sollevati dubbi più seri sulla non applicazione delle procedure comparative alle nomine relative ad incarichi di segretario generale e di direzione di strutture articolate in uffici dirigenziali generali; vero è che si tratta di uffici di vertice, ma l’aver accentuato il carattere fiduciario della scelta, senza alcuna possibilità di controllo, può avere ricadute sull’intera catena di comando degli uffici¹². La dicotomia tra valutazione preventiva dei candidati agli uffici dirigenziali generali affidata alle commissioni e verifiche successive sulla procedura di conferimento degli altri incarichi attribuiti dalle amministrazioni appare fuorviante, in quanto una verifica di professionalità, per esser tale, non può che essere di tipo preventivo; diversamente opinando si indulgerebbe troppo ad intuibili “spicce” approvazioni successive. L’aver attribuito alle commissioni la competenza ad esprimere parere sui provvedimenti conseguenti all’azione per responsabilità dirigenziale (non contenuto nella delega) e sulla decadenza dagli incarichi in caso di riorganizzazione dell’amministrazione senza statuirne la vincolatività, ed anzi introducendo il silenzio assenso, depotenzia il ruolo di controllo delle commissioni e riduce la richiesta di parere ad un passaggio formale. Discutibile è poi l’introduzione della piena mobilità dei dirigenti all’interno e all’esterno del ruolo di iscrizione: questa è un valore, ma può comportare disaffezione verso l’amministrazione di appartenenza; sarebbe auspicabile prevedere criteri di precedenza per gli interni. Il problema è acuito dal fatto che il rinnovo dell’incarico è discrezionale e limitato a due anni e non vi è alcuna priorità per il titolare dell’incarico oggetto della procedura di conferimento che abbia presentato domanda e abbia ricevuto una valutazione positiva. Cosicché, non essendo previsto l’obbligo di motivare il mancato rinnovo, né una procedura in contraddittorio con il dirigente interessato, questi non ha alcuna garanzia che il potere sia esercitato in modo legittimo. Riserve, anche sul piano della legittimità costituzionale, sono state poi espresse dal Consiglio di Stato sulla disciplina dei dirigenti privi di incarico, sia perché mancano idonee garanzie nella fase di conferi-

mento d’ufficio degli incarichi dei dirigenti in disponibilità (che scatta dopo un anno di partecipazione senza esito a cinque procedure comparative) con conseguenti facili elusioni al sistema prefigurato dalla legge, sia per la contemporanea decadenza dal rapporto di ufficio e di servizio dopo due anni se non vi siano posti disponibili presso le amministrazioni interpellate dal dipartimento della Funzione pubblica (o se il dirigente non abbia accettato l’incarico), e dopo un anno senza incarico nel caso di dirigente in disponibilità a seguito della revoca disposta ai sensi dell’art. 21 d.lgs. n. 165 del 2001. Così infatti “il binomio responsabilità dirigenziale/mancato incarico... viene sostanzialmente equiparato *ex lege* ad un vero e proprio licenziamento”. Infine, le norme transitorie a tutela dei dirigenti di uffici di livello generale vanificano l’esigenza di una rapida e piena attuazione della riforma.

I principi e i criteri direttivi della delega: continuità con la riforma del 2009

Per quanto attiene al “riordino della disciplina” generale “del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” (art. 17), i principi e criteri direttivi si risolvono in indicazioni generiche, lasciando mano libera al Governo nella predisposizione del decreto delegato, che, secondo l’art. 16 della legge, avrebbe dovuto assumere la veste di un testo unico, ma che di fatto si è risolto in un provvedimento che apporta modificazioni al D.Lgs. n. 165/2001, mantenendone inalterato l’impianto con le sue stratificazioni e incoerenze. Invero, già dall’elencazione dei punti contenuti nella delega emerge che non di vera riforma si tratta, ma di un intervento su alcune tematiche ritenute di maggiore criticità. Tra queste meritano di essere ricordate: la centralizzazione delle procedure concorsuali e la previsione di nuovi criteri di valutazione basati sul modello del *problem solving*; l’introduzione di un sistema informativo nazionale per la programmazione delle assunzioni; la promozione del ricambio generazionale; la rilevazione delle competenze dei lavoratori; l’attribuzione all’Aran di nuove funzioni in materia di organici e gestione del personale, controllo sull’utilizzo delle prerogative sindacali, valutazione della *performance*. E ancora, con riferimento ai rapporti di lavoro, la delega prefigura un’ulteriore stretta ai contratti flessibili, attraverso la “individuazione di limitate e tassative fattispecie caratterizzate dalla compatibilità con le peculiarità del rapporto di lavoro pubblico e con le esigenze organizzative e funzionali”, a cui si accompagna l’introduzione nei concorsi di meccanismi di valorizzazione dell’esperienza acquisita dal personale precario per favorirne la stabilizzazione, nonché nuove “norme in materia di responsabilità disciplinare... finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l’esercizio dell’azione disciplinare”. La delega è silente sul regime dei licenziamenti illegittimi nonostante il dibattito sull’applicazione dell’art. 18 St. lav., vecchio o nuovo testo, e della disciplina sanzionatoria prevista per il contratto a tutele crescenti (per i lavoratori assunti dal 7

¹¹ Cons. Stato, Commissione speciale, 14 settembre 2016, n. 2113, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹² Cfr. Boscati, *La politica del lavoro del Governo Renzi per il*

settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?, cit., 233 e segg.

marzo 2015)¹³. Cionondimeno il Governo regolerà la materia con il D.Lgs. n. 75/2017 nell'ambito delle modifiche al D.Lgs. n. 165/2001, confermando l'applicazione generalizzata della reintegrazione e così cristallizzando il più recente orientamento della Cassazione¹⁴. Sul tema si rinvia, anche per l'esame di un eventuale eccesso di delega, al contributo che tratta dell'istituto.

Infine, vi sono nella legge (art. 14) disposizioni, poste al di fuori delle deleghe e quindi immediatamente in vigore, con le quali è previsto l'obbligo a carico delle amministrazioni di adottare misure organizzative volte alla promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro attraverso la sperimentazione di tipologie di lavoro agile (telelavoro, *co-working*, *smart working*)¹⁵, e il diritto al trasferimento con priorità in un comune diverso da quello di residenza delle dipendenti vittime di violenza di genere.

Vanno sottolineati due punti significativi oggetto di delega: il progressivo superamento della dotazione organica e la previsione di misure di promozione del ricambio generazionale. Queste ultime presentano difficoltà attuative perché non sono indicate le ricadute sul rapporto previdenziale della riduzione dell'orario di lavoro e della retribuzione, a cui dovrebbe corrispondere, grazie alla minore spesa per l'amministrazione, l'assunzione di nuovo personale. Senza dubbio positivo è il giudizio sull'eliminazione della dotazione organica per due ordini di motivi. In primo luogo, si otterrebbe una più efficiente programmazione dei fabbisogni e si garantirebbe maggiore flessibilità nella gestione del personale. Inoltre, si verrebbe ad una opportuna ridefinizione del rapporto tra organi di indirizzo politico-amministrativo e soggetti preposti alla gestione, lasciando ai primi soltanto l'approvazione della programmazione triennale del fabbisogno ed ampliando la competenza dei secondi, che verrebbe estesa a tutte le scelte relative alla dislocazione e all'organizzazione del personale. La dirigenza di vertice diverrebbe così l'unico datore di lavoro. Nei cui confronti la legge intende rafforzare anche il potere gerarchico, prevedendo che possa attribuire un premio monetario annuale a non più di un decimo dei dirigenti suoi subordinati e a non più di un decimo dei suoi dipendenti, sulla base di criteri definiti nel rispetto della disciplina in materia di contrattazione collettiva e nei limiti delle disponibilità dei fondi a essa destinati (art. 11, lett. n).

La legge delega si occupa infine della contrattazione integrativa, indicando il criterio direttivo della "concentrazione delle sedi" e della "definizione delle materie escluse, anche al fine di assicurare... la valorizzazione del merito e la parità di trattamento tra categorie omogenee, nonché di

accelerare le procedure negoziali". Pur nella sua genericità, la direttiva pare rivolta non tanto ad ampliare i poteri dirigenziali, ma piuttosto verso un intervento ulteriormente compressivo dell'autonomia contrattuale, sia nella regolamentazione dei rapporti tra i livelli contrattuali, sia nelle materie oggetto degli accordi integrativi.

Nel complesso il quadro delineato non si discosta dall'impostazione dirigista della riforma del 2009: vengono infatti accentuati i profili di regolazione eteronoma del rapporto di lavoro e ridotte le competenze degli accordi integrativi, di cui si prefigura un controllo centralizzato attraverso il rafforzamento della funzione di assistenza dell'Aran.

Il protocollo d'intesa Governo-sindacati del 30 novembre 2016

Le linee di indirizzo formulate dalla legge delega subiscono però una torsione, nella parte che riguarda il rapporto legge – contrattazione e le relazioni sindacali, ad opera del protocollo d'intesa che il Governo ha sottoscritto con Cgil, Cisl e Uil il 30 novembre 2016, nell'imminenza della data di votazione sul *referendum* costituzionale, forse nell'intento di rasserenare i rapporti con le parti sociali nel settore pubblico, resi incandescenti a causa del blocco degli stipendi e del monito della Corte costituzionale, espresso nella sentenza n. 178/2015, a riaprire la contrattazione nazionale¹⁶. Nel documento, accanto all'impegno del Governo di destinare al rinnovo dei contratti una quota prevalente delle risorse aggiuntive previste per il settore pubblico nella legge di bilancio per il 2017, si individua un nuovo assetto delle relazioni sindacali (definite "nuove e piene") che amplia le sfere di competenza della contrattazione e della partecipazione sindacale e che segna un'inversione di tendenza rispetto alla riforma Brunetta. Infatti, si afferma che, nell'esercizio della delega per la riforma del D.Lgs. n. 165/2001, si provvederà a riequilibrare a favore della contrattazione il rapporto tra le fonti, rivedendo gli ambiti delle rispettive competenze e "privilegiando la fonte contrattuale quale luogo naturale per la disciplina del rapporto di lavoro, dei diritti e delle garanzie dei lavoratori, nonché degli aspetti organizzativi a questi direttamente pertinenti". In questo contesto spiccano: l'impegno congiunto ad individuare nuovi sistemi di valutazione, affidando alla contrattazione la disciplina dei criteri e delle modalità di misurazione e valorizzazione degli apporti individuali all'organizzazione; e la promessa del Governo di riformare la ricordata norma che consente all'amministrazione di regolare

¹³ Cfr. Carinci, *Articolo 18 St. Lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 247 e segg.; Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Padova, 2013, 58; Pilati, *Un problema in più per il nuovo art. 18 st. Lav: è applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 713 e segg.; Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 713 e segg.; Mainardi, *Il campo di applicazione del D.lgs. n. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 40 e segg., secondo cui il pubblico impiego esula dal perimetro applicativo del D.Lgs. n. 23/2015; Voza, *In attesa della riforma: il licenziamento del dirigente pubblico e i regimi di tutela*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2016, 144 e segg.

¹⁴ Cass., 9 giugno 2016, n. 11868, con nota di Boscati, *Articolo 18*

dello Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico contrattualizzato nella mutevole giurisprudenza della Corte di Cassazione, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 1140 e segg.

¹⁵ La L. n. 81/2017 ha precisato (art. 18, 3° comma) che le nuove disposizioni sul lavoro agile si applicano anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in quanto compatibili e secondo le direttive emanate ai sensi del citato art. 14 della legge delega. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha provveduto con la Dir. n. 3/2017 del 1 giugno 2017.

¹⁶ Corte Cost., 24 giugno 2015, n. 178. In dottrina, cfr. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico. Blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 453 e segg.

unilateralmente in via provvisoria materie rimesse alla negoziazione decentrata, vincolando l'esercizio di tale potere a limiti temporali individuati dai contratti di comparto e al "pregiudizio economico all'azione amministrativa" che potrebbe derivare dallo stallo nelle trattative. L'impressione che si ricava dalla lettura delle scarse paginette è che il protocollo non mette in discussione il potere organizzativo e di gestione dei rapporti di lavoro da parte della dirigenza. Piuttosto l'intendimento delle parti sembra quello di ricondurre alla contrattazione, sottraendola alla legge e al potere del Ministero per la semplificazione e la p.a., la predeterminazione a monte di regole generali sull'organizzazione del lavoro e su alcuni aspetti del rapporto di lavoro (mattia, assenteismo, conciliazione vita - lavoro, flessibilità oraria), con l'obiettivo di indicare "attraverso una coerente normativa contrattuale" linee guida per "la gestione ottimale delle risorse"¹⁷.

I decreti attuativi della delega: omissioni e travisamenti dei criteri direttivi

La normativa delegata viene definita con i decreti legislativi del 25 maggio 2017, n. 74 ("Modifiche al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150") e n. 75 ("Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165...in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche")¹⁸. I provvedimenti sono esaminati nei successivi contributi; in questa sede ci si limita a formulare alcune considerazioni di carattere generale.

Anzitutto, il decreto n. 75 non attua alcuni principi contenuti nella delega; con la conseguenza che il mancato esercizio del potere delegato non consentirà al Governo di emanare gli ulteriori decreti correttivi e integrativi (ai sensi del 7° comma dell'art. 16 della L. n. 124/2015) per colmare le lacune. Ciò riguarda ad esempio l'assenza di norme sulla rilevazione delle competenze del personale e sul ricambio generazionale, il cui onere economico sarebbe stato incompatibile con la clausola di invarianza della spesa (che da tempo è una costante dei provvedimenti di riforma e ne rende difficile l'attuazione). In altri casi - fabbisogni di personale e dotazioni organiche, sistemi di selezione per l'assunzione - la delega è esercitata solo parzialmente, e peraltro rinviando l'integrazione della normativa a "linee guida" o di "indirizzo" di incerta natura. Analoghe considerazioni valgono per le modifiche al D.Lgs. n. 150/2009: il D.Lgs. n. 74 infatti non ha semplificato il farraginoso sistema di misurazione e valutazione delle *performance*, ma si è limitato ad alcuni modesti aggiustamenti, mantenendone inalterato l'impianto.

Ma l'aspetto di maggiore criticità riguarda la nuova configurazione del rapporto tra le fonti di regolazione del rapporto di lavoro. Dall'analisi del secondo decreto delegato,

che è quello con maggiore impatto sulla disciplina complessiva del lavoro pubblico, emerge la difficoltà di conciliare i limiti individuati dalla legge delega con l'impegno assunto dal Governo nei confronti delle organizzazioni sindacali di esercitare la potestà legislativa conferitagli dalla delega in modo conforme alle indicazioni contenute nel citato protocollo. Ed in effetti il D.Lgs. n. 75/2017 ha riscritto la norma sulle fonti (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001), reintroducendo il primato del contratto collettivo sulla legge, che era stato invertito dalla riforma Brunetta. Il nuovo testo stabilisce che le "eventuali disposizioni di legge... che introducano o abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche... possono essere derogate... dai successivi contratti nazionali e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili". La novella ha dunque riaffermato il principio della delegificazione organica, con una formulazione che si spinge oltre la previsione contenuta nel testo previgente del D.Lgs. n. 165/2001. Infatti, da un canto, sancisce la retroattività della regola (secondo un orientamento già espresso in dottrina), e quindi consente alla contrattazione collettiva di derogare anche a vigenti disposizioni di legge pur se esse contengano la clausola di inderogabilità; dall'altro, con l'eliminazione dell'inciso "salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario", sembra precludere al futuro legislatore sconfinamenti sulle materie di competenza contrattuale. Anche su queste il decreto è intervenuto ripristinando nell'art. 40, 1° comma, D.Lgs. n. 165/2001 la formula "la contrattazione collettiva disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali", sostituita dal decreto Brunetta con un'altra che ambiguamente ritagliava l'ambito oggettivo ai "diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro"; dove, quel direttamente aveva dato luogo a contrastanti interpretazioni¹⁹. Ed inoltre il nuovo testo ha reso tassativi gli istituti in cui sono ammesse limitazioni alla competenza contrattuale da parte della legge, espungendo dall'elenco le progressioni economiche (che comunque devono avvenire secondo i criteri generali indicati nell'art. 52, comma 1° *bis*, D. Lgs. n. 165/2001). Si allarga dunque il campo di azione dei contratti collettivi di comparto (e a cascata di quelli integrativi), che adesso abbraccia anche l'individuazione della quota delle risorse destinate a premiare la *performance* organizzativa e individuale e la loro ripartizione in relazione alle valutazioni attribuite al personale (nuovo art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, modificato dal D.Lgs. n. 74/2017), nonché la mobilità d'ufficio e a domanda, le cui procedure e criteri possono essere integrati dagli accordi nazionali. Sempre nell'ottica del recepimento del protocollo del novembre 2016 si interviene sulla controversa regolazione provvisoria delle materie oggetto di contrattazione integrativa, stabilendosi (con una formulazione invero alquanto confusa) che ad essa si può ricorrere solo quando il protrarsi delle trattative oltre il ter-

¹⁷ Il protocollo ricorda il Memorandum della primavera del 2007 siglato dal ministro Nicolais con le oo.ss. in cui alle indicazioni di revisione normativa per rendere più autonoma la dirigenza, si affiancava la cogestione dell'efficienza. Ma quell'accordo fu travolto dalla caduta del governo Prodi II e, a seguito di elezioni anticipate, dall'insediamento del governo Berlusconi IV, il cui ministro per la pubblica amministrazione fu promotore di una riforma che come ricordato riconsegnava al primato della legge la regolamentazione dell'organizzazione del lavoro e, in parte, degli stessi rapporti di lavoro.

¹⁸ Per una prima analisi dei due decreti legislativi cfr. Bianco-Boscari-Ruffini, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Santarcangelo di Romagna, 2017.

¹⁹ Cfr. Carinci, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 119/2011, 37 e segg.; Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica della riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 31 e segg.

mine fissato dai contratti di comparto determini un pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa (che dovrebbe essere congruamente motivato), ed imponendo alla parte pubblica di proseguire le trattative al fine di pervenire alla conclusione dell'accordo²⁰. Infine si estende l'area della partecipazione sindacale a tutte le misure organizzative, anche nella forma dell'esame congiunto ove prevista dai contratti collettivi nazionali. Infatti il nuovo testo dell'art. 5, 2° comma, ha eliminato la distinzione tra organizzazione degli uffici, che ammetteva la sola informazione, e misure riguardanti i rapporti di lavoro per le quali la contrattazione poteva prevedere l'esame congiunto, e rinviato *tout court* ai contratti la scelta tra l'uno o l'altro strumento²¹.

Orbene, di una delegificazione organica, che ha comportato un ampliamento delle competenze contrattuali, non v'è traccia nell'art. 17, L. n. 124/2015. Anzi, come si è osservato, i criteri direttivi sembravano andare in senso contrario, come del resto era ammesso implicitamente dal Governo, il quale nella "premessa" del protocollo si impegnava "a raggiungere l'intesa con le regioni per le modifiche normative relative alla delega".

Si è detto che per sfuggire alla censura sarebbe stato opportuno procedere all'integrale sostituzione del D.Lgs. n. 165/2001 con un "nuovo e organico testo unico", da emanare in attuazione dell'art. 16 della delega, i cui principi e criteri direttivi sarebbero stati "in grado di giustificare qualunque innovazione della normativa generale"²². Forse del problema il Governo ha avuto consapevolezza, visto che nel preambolo del D.Lgs. n. 75 ha inserito l'espresso richiamo ai

criteri informativi del testo unico, tra cui spiccano "il coordinamento formale e sostanziale... delle disposizioni legislative vigenti" e la "risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia". Ma, anche a prescindere dal rilievo che questa astuzia non è idonea a sanare l'eventuale violazione dell'art. 76 Cost. (per eccesso di delega), in quanto il D.Lgs. n. 75 non presenta il carattere dell'organicità proprio dei testi unici, il dubbio sul travalicamento dei limiti della delega permane²³. Infatti, se è vero che la Corte costituzionale ha affermato, con riguardo alle deleghe per il riordino di interi settori normativi, che l'indicato obiettivo della coerenza logica e sistematica della normativa non può risolversi in un coordinamento "solo formale", tuttavia la stessa Corte ha anche precisato che la riconduzione "a sistema" di "una disciplina stratificata negli anni" deve essere condotta sulla base dei principi presenti nell'ordinamento, e cioè ricavabili da quelli già posti dal legislatore²⁴. Il quale, nell'art. 1, 1° comma, della Legge delega n. 15/2009, trasfuso nel D.Lgs. n. 165/2001, aveva affermato la subalternità della contrattazione collettiva alla legge nella regolazione dei rapporti di lavoro. Sarebbe stato pertanto più lineare adottare una nuova legge delega, se del caso mediante la presentazione in Parlamento di un disegno di legge governativo, che modificasse i principi e criteri direttivi della L. n. 124/2015 in modo conforme agli impegni assunti con il protocollo, ed unificasse la tempistica della riforma della dirigenza e del riordino della disciplina generale del lavoro pubblico.

Reclutamento e fabbisogni di personale dopo il D.Lgs. n. 75/2017

Alessandro Riccobono

Nel commento viene esaminata la nuova disciplina in materia di reclutamento e fabbisogni di personale contenuta negli artt. 6 e 35 D.Lgs. n. 165/2001 – così come modificati dal D.Lgs. n. 75/2017 – valutandone il potenziale impatto sull'organizzazione amministrativa. Pur presentando alcuni elementi di semplificazione rispetto al passato, le norme d'attuazione introdotte dalla c. d. "Riforma Madia" hanno rinunciato a tradurre in modo coraggioso alcuni criteri chiave della delega conferita con la L. n. 124/2015, mostrando una cautela non sempre condivisibile.

Premessa

L'attuazione delle deleghe riguardanti il reclutamento e l'organizzazione degli uffici rientra fra i capitoli della "Riforma Madia" che hanno suscitato maggiori aspettative in

relazione all'annunciato progetto di modernizzazione del sistema amministrativo italiano. La revisione della disciplina dei concorsi (art. 17, 1° comma, lett. a)-f), L. n. 124/2015), unita al progressivo superamento della dotazione

²⁰ Non è chiaro se la giustificazione causale sia necessaria anche nell'ipotesi di sfioramento del termine fissato dai contratti collettivi in quanto l'enunciato normativo afferma che in tale ipotesi l'amministrazione possa procedere "in ogni caso", e cioè a prescindere dal pregiudizio.

²¹ La citata direttiva sul lavoro agile (*retro*, nota 14), emanata prima della pubblicazione del D.Lgs. n. 75/2017 non tiene conto dell'innovazione e quindi, richiamando gli art. 5, 2° comma e 40, 1° comma, del D.Lgs. 165/2001 nel testo anteriore alle modifiche, ha applicato la distinzione tra "aspetti connessi alle determinazioni relative all'organizzazione degli uffici", per i quali "è richiesta la sola informazione sindacale" e "profili concernenti i rapporti di lavoro", a cui si applicano le "altre forme di partecipazione sindacale previste dalla contrattazione". In assenza di indicazioni provenienti dalla fonte collettiva, ha poi ritenuto che, "limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, sia opportuno un confronto preventivo con i sindacati". L'illegittimità della direttiva per violazione della legge superveniente è mitigata dalla raccomandazione di "avviare percorsi di con-

divisione e confronto" con le organizzazioni sindacali che, in un'ottica di collaborazione, possano essere utili per l'applicazione di un istituto innovativo come il lavoro agile.

²² Cfr. D'Alessio-Zoppoli, *Riforma della Pubblica Amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in www.astrid.it.

²³ Di diverso avviso è il Consiglio di Stato (Commissione speciale dell'11 aprile 2017, n. 916) nel prescritto parere allo schema di decreto legislativo. In esso si afferma che il rapporto legge-autonomia collettiva "sembra trovare adeguata copertura" nell'art. 16 della legge delega giacché "il nuovo intervento normativo non immuta il rapporto sostanziale tra le fonti del pubblico impiego, ma ne chiarisce e approfondisce aspetti di dettaglio per un miglior coordinamento formale e contenutistico delle disposizioni vigenti". Nello stesso senso, ma dubitativamente, A. Bianco-A. Boscati-R. Ruffini, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, cit., 17.

²⁴ Corte cost. n. 84/2017; 52 e 53/2005; 174/2005; 230/2010.

organica (art. 17, 1° comma, lett. q), lasciava infatti presagire un intervento ad elevata potenzialità di innovazione su due nodi essenziali dell'organizzazione amministrativa, restituendo credito alla promessa di una p.a. finalmente sburocratizzata nei meccanismi di determinazione della provvista di personale e capace di selezionare con efficacia le migliori competenze disponibili in fase di reclutamento dall'esterno.

La necessità di intervenire su entrambi questi fronti riflette la consapevolezza degli attori politico-istituzionali di non poter più rinviare il confronto con alcune criticità strutturali che affliggono l'ordinamento del lavoro pubblico italiano: all'endemica debolezza del capitale umano¹, si è affiancato un modello di determinazione delle consistenze di personale rigido ed incapace di rispondere tempestivamente alle variazioni della domanda di servizi espressa dai cittadini. In questo senso, la delega si prefiggeva l'obiettivo di migliorare il raccordo fra il sistema di governo delle assunzioni e quello di programmazione dei fabbisogni, implementando le procedure concorsuali attraverso un nuovo approccio meno formalistico e più *competence based*, e contestualmente dotando le amministrazioni degli strumenti necessari per riorganizzarsi dall'interno in modo agile e dinamico, sì da consentire il tempestivo adeguamento delle strutture alle esigenze funzionali emergenti.

Nel tradurre i criteri direttivi contenuti nella L. n. 124/2015, tuttavia, va detto subito che il legislatore delegato ha seguito complessivamente una linea di *self restraint*, apparendo spesso rinunciatario rispetto alle possibilità di azione offerte dalla delega². Numerose disposizioni di indirizzo relative alle materie in esame non sono state recepite nel D.Lgs. n. 75/2017, mentre per altre lo spessore delle modifiche da quest'ultimo veicolate nel D.Lgs. n. 165/2001 appare più orientato alla semplificazione dell'esistente che alla sua palingenesi.

Di seguito saranno analizzate le nuove regole dettate dal T.u.p.i. in materia di reclutamento, organizzazione degli uffici e fabbisogni di personale, fornendone una prima lettura critica alla luce dei nessi (sfruttati e non) fra i contenuti della L. n. 124/2015 e le scelte operate dal Governo in sede di attuazione. Si cercherà altresì di dimostrare come il pieno superamento del sistema delle dotazioni organiche – in atto non del tutto realizzato – sia un *target* da perseguire con coraggio e determinazione, costituendo la misura più adatta per eliminare le rigidità che ostacolano le transizioni occupazionali all'interno della pubblica amministrazione e ricomporre le asimmetrie distributive del personale

all'interno di una geografia organizzativa equilibrata e sostenibile.

Le nuove regole sul reclutamento fra innovazioni e opportunità mancate

Il catalogo delle deleghe riguardanti l'*enforcement* del sistema di reclutamento tramite concorso era particolarmente ampio³. Segnatamente, l'art. 17, 1° comma, lett. a)-f), prospettava il passaggio ad un modello di gestione delle procedure concorsuali centralizzato e valevole per tutte le amministrazioni, con effettuazione delle prove in ambiti territoriali sufficientemente ampi da garantire adeguata partecipazione, economie di spesa ed applicazione di criteri di valutazione uniformi, per assicurare omogeneità qualitativa e professionale in tutto il territorio nazionale per funzioni equivalenti. Ulteriore attenzione era stata dedicata al tema dell'imparzialità delle scelte, attraverso la predisposizione di strumenti volti a garantire l'effettiva segretezza dei temi d'esame fino allo svolgimento delle relative prove, l'adozione di misure di pubblicità sui temi di concorso e l'individuazione di forme di preselezione dei componenti delle commissioni.

Nonostante questi criteri si rivelassero di estremo interesse per migliorare l'attitudine selettiva delle procedure di reclutamento e semplificarne la gestione, il D.Lgs. n. 75/2017 non contiene tracce della loro attuazione. Probabilmente le ragioni di questa scelta astensionistica vanno ricercate nelle diverse visioni che si continuano a fronteggiare sul fronte delle tecniche da adottare per rendere più performanti i canali di reclutamento dall'esterno: ai vantaggi economici ed organizzativi offerti da concorsi unici gestiti in forma centralizzata o aggregata, si contrappone la ricetta dell'espletamento delle procedure da parte di ciascuna amministrazione a livello decentrato, soluzione quest'ultima che potrebbe limitare i problemi del sovraffollamento fra candidati e garantire a monte una distribuzione del personale omogenea alle concrete esigenze organizzative della p.a. precedente⁴. In assenza di modifiche normative, il modello regolativo vigente dovrebbe restare quello previsto dall'art. 35, 2° comma, lett. d), D.Lgs. n. 165/2001 (che aderisce al principio del decentramento delle procedure selettive, con affidamento alle singole amministrazioni dei propri concorsi), ancorché il Governo abbia annunciato l'imminente adozione di linee guida finalizzate alla concretizzazione dei principi di accentramento e accorpamento. Resta allora difficile spiegare l'abrogazione della previsione contenuta nell'art. 35, 5° comma – già aderente ai principi

¹ Dovuta alla prevalenza di mestieri a bassa o media qualificazione professionale, al disallineamento tra posizioni lavorative occupate e titoli di studio richiesti per accedervi e all'innalzamento dell'età media dei dipendenti, cfr. Borgonovi, *La pubblica amministrazione di fronte alla sfida dell'innovazione culturale*, in Faverin-Feltrin (a cura di), *Fuori dal guado. Il lavoro pubblico alla prova delle riforme*, Milano, 2017, 55; Patrizii-Resce, *Public sector contribution to competitiveness*, in *Italian Economic Journal*, 2015, 5 e segg.; Aran, *Organizzazione e capitale umano: due questioni chiave per il rilancio del pubblico impiego*, *Occasional paper*, n. 4/2013.

² Cfr. già, in chiave generale, D'Alessio-L. Zoppoli, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in *www.astrid-online.it*.

³ Cfr. Boscati, *La politica del lavoro del Governo Renzi per il settore*

pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, I, 273 e segg.; Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 621; Vettor, *Reclutamento e modernizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 573 e segg.

⁴ Cfr. D'Alessio, *Le prospettive di modifica del quadro legislativo in materia di lavoro pubblico*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2013, 603 e segg.; Gentile, *Reclutamento del personale delle amministrazioni e società pubbliche*, in Cinelli-Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, Bologna, 2009, 347 e segg.; Fiorillo, *Il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni*, in Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2009, 1917 e segg.

di delega prima della sua attuazione – che autorizzava l'indizione di concorsi unici circoscrizionali finalizzati all'accesso delle varie professionalità negli uffici aventi sede regionale, compartimentale o provinciale. Con riferimento agli interventi sulla composizione delle commissioni giudicatrici, non è stata colta l'occasione per introdurre criteri di preselezione posti a presidio della qualità "tecnica ed etica" dei valutatori. Si tratta di un altro profilo critico, soprattutto laddove non si è scelto di limitare la possibilità di attingere i commissari dal corpo dei funzionari interni all'amministrazione reclutante, mantenendo intatti i rischi di sovraesposizione alle "voci di dentro"⁵.

Il decreto di revisione del D.Lgs. n. 165/2001 si muove invece in coerenza con il blocco di obiettivi finalizzato ad aggiornare le modalità di svolgimento delle prove concorsuali, privilegiando l'accertamento della capacità dei candidati di utilizzare e applicare a problemi specifici e casi concreti nozioni teoriche. Sotto questo profilo, l'art. 6, 1° comma, lett. e), D.Lgs. n. 75/2017, ha introdotto un nuovo comma 5.2 nell'art. 35 del T.u.p.i., affidando al DFP, al Formez e alla Commissione RIPAM (Commissione per l'attuazione del Progetto di Riqualificazione delle Pubbliche Amministrazioni) il compito di elaborare linee guida sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli, ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale. In modo ancor più diretto, l'art. 22, 15° comma, D.Lgs. n. 75/2017, ha stabilito che, nell'ambito delle procedure selettive per la progressione tra le aree riservate al personale di ruolo, siano introdotte prove volte ad accertare la capacità dei candidati di utilizzare e applicare nozioni teoriche per la soluzione di problemi specifici e casi concreti. Si tratta di misure che potranno avere ripercussioni positive sulle politiche di reclutamento, specialmente se le linee di indirizzo affronteranno il nodo della qualificazione professionale dei dipendenti pubblici attraverso un più moderno bilanciamento fra il valore da attribuire al possesso di competenze spiccatamente operativo/gestionali (di cui l'amministrazione italiana è assai carente), e quello riservato alla formazione giuridico-contabile (finora avente peso prevalente per l'accesso alla maggior parte delle categorie professionali del settore pubblico). Apprezzabile è anche l'introduzione della possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento, il possesso del titolo di dottore di ricerca [(art. 35, 3° comma, lett. e *ter*), D.Lgs. n. 165/2001, inserito dall'art. 6, 1° comma, lett. a), D.Lgs. n. 75/2017], nonché l'obbligo dell'accertamento della conoscenza della lingua inglese o di altre lingue straniere in relazione al profilo professionale richiesto (art. 37, D.Lgs. n. 165/2001, modificato dall'art. 7, 1° comma, D.Lgs. n. 75/2017).

A differenza di quanto detto a proposito dei precedenti criteri di delega, appare invece opportuna la scelta di non attuare quello relativo alla soppressione del requisito del voto minimo di laurea per la partecipazione ai concorsi e l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni

(art. 17, 1° comma, lett. d), L. n. 124/2015): se tra le finalità della riforma vi era quella di limitare la diffusione di concorsi pletorici e dispendiosi in termini economici ed organizzativi, il mantenimento delle regole che consentono di scremare preliminarmente i partecipanti ai concorsi, attraverso l'individuazione di una soglia minima per il voto di laurea, è la soluzione che sembra più saggia, almeno ove si ritenga che il risultato del percorso universitario rispecchi la qualità della formazione culturale posseduta dal candidato.

Si è detto che "la legge Madia vuole che i concorsi si facciano", e che si facciano regolarmente per assicurare il ricambio generazionale in un Paese in cui l'età media dei dipendenti pubblici è fra le più alte d'Europa⁶. Com'è noto, il tema della "staffetta generazionale" era già stato inserito fra le priorità della mini-riforma attuata con il D. L. n. 90/2014, conv. dalla L. n. 114/2014, laddove si era provveduto ad abrogare l'istituto del trattenimento in servizio, ad irrobustire il potere di recesso unilaterale della p.a. al raggiungimento dell'anzianità massima contributiva e ad allentare i vincoli al *turnover*. Proseguendo su questa stessa linea, l'art. 17, 1° comma, lett. c), L. n. 124/2015, aveva previsto la riduzione dei termini di validità delle graduatorie ed il contingentamento del numero degli idonei nei concorsi, attraverso la "definizione di limiti assoluti e percentuali, in relazione al numero dei posti banditi" per gli idonei non vincitori. Inoltre la successiva lett. p) aveva preannunciato l'introduzione di un meccanismo di riduzione su base volontaria e non revocabile dell'orario di lavoro e della retribuzione del personale in procinto di essere collocato a riposo, controbilanciato dalla possibilità di liberare risorse per nuove assunzioni, nel rispetto della normativa vigente in materia di vincoli assunzionali. Mentre quest'ultima disposizione non è stata attuata per carenza di risorse, la direttiva di cui alla lett. c) è stata tradotta attraverso la possibilità per ciascuna amministrazione di inserire nei bandi di concorso un limite massimo, non superiore al venti per cento, di candidati idonei rispetto al numero di posti disponibili [art. 6, 1° comma, lett. a), D.Lgs. n. 75/2017, che ha inserito una nuova lett. e *bis*) nell'art. 35, 2° comma, D.Lgs. n. 165/2001]. Viceversa, il legislatore delegato non ha apportato alcuna modifica alla regola generale che fissa in tre anni dalla pubblicazione la validità delle graduatorie concorsuali (art. 35, comma 5° *ter*, D.Lgs. n. 165/2001); va detto anzi che pochi mesi prima dell'entrata in vigore dei decreti di attuazione della "riforma Madia", la L. n. 244/2016 (cosiddetto "Milleproroghe 2017") ha battuto il tradizionale percorso dell'estensione dei termini di validità delle graduatorie vigenti, differendoli al 31 dicembre 2017. Invero, anche sotto questo profilo è possibile formulare alcune osservazioni critiche: se si vuole favorire l'ingresso di nuove leve nel mercato del lavoro pubblico, è opportuno ridurre la possibilità di attingere da graduatorie concorsuali formatesi troppo indietro nel tempo e perciò divenute obsolete, specialmente ove le competenze richieste siano di natura specialistica o richiedano abilità legate

⁵ Cfr. Battini, *Le norme sul personale*, in *Giorn. Dir. Ann.*, 2015, 645 e segg., secondo cui sarebbe tempo di dotare anche l'Italia di un organismo *ad hoc*, sul modello della *Civil Service Commission* inglese, che abbia la funzione di pensare, progettare e supervisionare i pro-

cessi di reclutamento del personale pubblico, nominando le commissioni di concorso e definendo criteri di valutazione uniformi.

⁶ Cfr. Battini, *op. ult. cit.*, 648.

all'uso di strumenti sottoposti alle rapide trasformazioni dell'innovazione tecnologica.

In un'ottica più generale, gli obiettivi e le tecniche sottese alla revisione della disciplina dei concorsi vanno valutati in stretto raccordo con "l'altra metà del cielo" delle politiche di reclutamento, ovvero quelle concernenti le procedure di stabilizzazione del personale precario. Qui la delega prevedeva l'introduzione di meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale acquisita da coloro che avessero intrattenuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche, ferma restando la garanzia di un adeguato accesso dall'esterno. Com'è noto, consimili meccanismi erano già stati contemplati dall'art. 35, comma 3° *bis*, D.Lgs. n. 165/2001, il quale autorizza la facoltà di riservare una percentuale dei posti a concorso in favore dei lavoratori a tempo determinato in possesso di almeno tre anni di servizio alle dipendenze della p.a. che emana il bando, ovvero di valorizzare con apposito punteggio l'esperienza professionale di coloro che abbiano maturato almeno tre anni di contratto di lavoro flessibile nella medesima amministrazione precedente. A queste disposizioni, operanti a regime, si è adesso aggiunta la nuova tornata di stabilizzazioni introdotta dall'art. 20, D.Lgs. n. 75/2017, valevole per il triennio 2018-2020. Attraverso un doppio canale, concorsuale e non, la disciplina consentirà l'accesso ai ruoli della p.a. di lavoratori già in servizio alla data di entrata in vigore della L. n. 124/2015 con contratto flessibile presso l'amministrazione reclutante, e che alla data del 31 dicembre 2017 abbiano maturato al suo interno almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni. Il meccanismo è ulteriormente incentivato mediante la possibilità di elevare gli ordinari limiti finanziari per le assunzioni a tempo indeterminato utilizzando le risorse per le assunzioni a tempo determinato nei limiti fissati dall'art. 9, 22° comma, L. n. 122/2010, a condizione che la spesa a regime risulti sostenibile e che l'ammontare delle risorse per le assunzioni a termine utilizzate per la stabilizzazione sia definitivamente ridotto in bilancio. La coerenza del disegno è affidata al divieto di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibile fino al termine delle procedure di stabilizzazione, limitatamente alle professionalità interessate⁷.

Beninteso, non v'è dubbio che l'insieme di queste misure risponda all'esigenza sociale di rimuovere la condizione di precarietà in cui versano coloro che hanno stabilmente contribuito al funzionamento della macchina amministrativa, ancorché reclutati in forza di contratti temporanei utilizzati per aggirare il blocco delle assunzioni reiterato negli anni della crisi. Tuttavia, si tratta dell'ennesima sanatoria varata negli ultimi dieci anni, che conferma la storica familiarità dell'amministrazione italiana a convivere con proce-

dure di reclutamento *extra ordinem* e ondivaghe rispetto al canale ordinario del pubblico concorso⁸. Al condivisibile fine di non disperdere le energie, le competenze e gli investimenti (in termini economici e formativi) sulle risorse umane che abbiano già maturato un'esperienza professionale, si contrappone dunque l'effetto collaterale consistente nella definitiva integrazione nel perimetro della p.a. di soggetti che gravitano già da anni al suo interno, con presumibile frustrazione degli aneliti di rinnovamento generazionale dei dipendenti pubblici. In definitiva, l'impressione è che il prossimo flusso di stabilizzazioni possa ridurre sensibilmente i margini per l'accesso dall'esterno, incidendo sull'autonomia organizzativa delle amministrazioni pubbliche nelle delicate fasi di determinazione delle modalità di copertura dei posti vacanti e di acquisizione della provvista di personale.

V'è dunque da auspicare che il definitivo superamento del precariato pubblico, affidato dal Ministro della Funzione pubblica alle virtù taumaturgiche della Riforma che ne porta il nome, non costituisca soltanto un'operazione di *realpolitik*, somministrata all'opinione pubblica in attesa della prossima sanatoria.

L'organizzazione degli uffici e il nuovo piano triennale dei fabbisogni

Tra le innovazioni in tema di organizzazione degli uffici preannunciate dalla L. n. 124/2015, il "progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni" (art. 17, 1° comma, lett. q) è quella che ha suscitato maggiore curiosità e interesse scientifico, considerata la sua attitudine a ridefinire l'assetto di competenze politiche e manageriali nelle zone nevralgiche della programmazione dei fabbisogni e delle scelte relative alla dislocazione del personale. La previsione va coordinata con quelle dettate dalle successive lettere "m" ed "i", in merito alla "definizione di obiettivi di contenimento delle assunzioni differenziati in base agli effettivi fabbisogni" e alla "rilevazione delle competenze dei lavoratori pubblici".

L'insieme di questi criteri mira a superare alcune rigidità organizzative interne al modello di costruzione e ridefinizione degli organici scaturito dalla seconda fase di privatizzazione dell'impiego pubblico. Superata l'ingloriosa stagione della rilevazione dei carichi di lavoro (presupposto concettuale per la ricognizione della provvista di personale necessaria e per la sua meccanica trasposizione nel disegno cogente della pianta organica), anche successivo il sistema articolato su programmazione triennale dei fabbisogni e dotazioni organiche complessive ha mostrato criticità e notevoli limiti operativi⁹.

Vero è che le caratteristiche del sistema di pianificazione

⁷ Per il commento a queste misure si rinvia *infra* a De Marco, *La nuova disciplina sull'utilizzo dei contratti flessibili nelle pubbliche amministrazioni e le nuove regole per le stabilizzazioni del personale precario*.

⁸ Cfr. Melis, *Per l'amministrazione italiana è sempre sanatoria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 911 e segg.; D'Aponte, *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, I, 575 e segg.. Più morbida la posizione di Fontana, *I co.co.co. nella pubblica amministrazione: scompariranno davvero?*, *ivi*, 2015, I, 413 e segg.

⁹ Basenghi, *Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni orga-*

niche, in F. Carinci-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 248 e segg.; Viscomi, *Sub art. 6*, in Corpaci-Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Commentario al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, 1105 e segg.; Lozito, *Il passaggio dalla pianta organica alla dotazione organica complessiva nel lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, I, 61 e segg.; Lanotte, *Mobilità professionale e progressioni di carriera nel lavoro pubblico privatizzato*, Torino, 2012, 20 e segg.; Esposito, *Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, I, 343 e segg.

dei fabbisogni introdotto dalla L. n. 449/1997 e richiamato dall'art. 6, D.Lgs. n. 165/2001, hanno proposto un indubbio scostamento metodologico rispetto all'esperienza pregressa, istituzionalizzando il nesso tra obiettivi, competenze e funzioni amministrative da una parte, e determinazione delle risorse umane occorrenti a medio termine dall'altra. Tuttavia, il contenitore offerto dalle dotazioni organiche non sempre è apparso all'altezza di riflettere in modo coerente l'attività di programmazione. I motivi di tale inadeguatezza vanno ricercati innanzitutto nelle disfunzioni del principio di separazione fra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione, riversate in un assetto normativo che rimette alle fonti pubblicistiche di competenza degli organi politici la definizione dell'assetto teorico degli uffici e delle dotazioni organiche, e ai poteri privatistici dei dirigenti la gestione del personale collocato al loro interno¹⁰. In questo senso, la tradizionale reticenza degli organi politici a non ingerirsi nell'attività gestoria ha trovato sponda nell'architettura normativa del T.u.p.i., che ha consegnato a questi ultimi il compito di stabilire la "consistenza" e la "distribuzione del personale" all'interno della dotazione organica, riconoscendo l'autonomia gestionale dei dirigenti solo a valle del processo, cioè dopo che è stata delineata la fisionomia teorica dell'ufficio cui costoro sono preposti. Il che ha reso la figura del *manager* pubblico assai distante da quella del datore di lavoro privato, atteso che quest'ultimo è sovrano nelle scelte relative alla collocazione della provvista di personale all'interno dell'organizzazione produttiva, mentre il primo può modificare le strutture nei limiti di un recinto già preconfezionato da altri.

In secondo luogo, l'implementazione del modello dotazionale ha sofferto delle resistenze culturali interne ai diversi livelli istituzionali, non riuscendo a liberarsi completamente da alcuni retaggi del vecchio impianto autoritativo sotteso alle piante organiche. In numerose amministrazioni – soprattutto enti locali – si continua a registrare l'adozione di modelli di dotazione organica di tipo matriciale, con il personale distribuito all'interno dei singoli uffici sulla base di posizioni professionali predeterminate all'interno di apposite caselle. Dal punto di vista gestionale, un simile schema non appare del tutto sganciato dalle rigidità del passato, perché "introduce una stretta correlazione tra le posizioni professionali in organico e l'assetto organizzativo dell'ente", confinando le risorse umane in ambiti organizzativi predefiniti (settori, servizi, uffici, unità operative), fino a riprodurre sotto mentite spoglie il dualismo tra posto e persona tipico delle piante organiche¹¹.

Infine, con l'avvento della crisi e le numerose manovre di contenimento della spesa pubblica, lo stesso legislatore si è spesso ingerito nel processo di determinazione degli orga-

nici, apportando tagli e riduzioni che hanno snaturato la fisiologia dell'attività di programmazione dei fabbisogni, producendo vistosi scarti fra l'assetto teorico delle dotazioni e la distribuzione quali/quantitativa delle risorse umane effettivamente impiegate all'interno dell'amministrazione. L'opportunità di mantenere la dotazione organica è così divenuta dubbia, atteso che prevalenti finalità di bilancio hanno reiteratamente impedito che essa rispecchiasse l'assetto organizzativo ottimale trasfuso nel documento di programmazione triennale dei fabbisogni¹².

Il progressivo superamento della dotazione organica: innovazione o *ballon d'essai*?

L'idea del superamento della dotazione organica – già inserita nell'agenda delle riforme del sistema amministrativo promesse dal precedente governo di centrodestra – è strettamente collegata all'introduzione di una metodologia *standardizzata* per la rilevazione dei fabbisogni di personale¹³. L'impiego di tale tecnica dovrebbe consentire di quantificare la provvista di personale in forma differenziata per ciascuna amministrazione, basandosi su indicatori specificamente correlati al tipo di funzione o di servizio erogato da queste ultime. I livelli di riferimento così individuati – e cioè gli *standard* – non andrebbero tuttavia imposti per stabilire una dotazione organica predefinita (così come finora accaduto), ma utilizzati unicamente per individuare un *budget* finanziario complessivo da assegnare alle diverse strutture, rimettendo all'autogoverno di queste ultime sia la pianificazione delle scelte relative al numero di risorse umane e al tipo di professionalità da impiegare, sia quelle relative agli avanzamenti di carriera e alle politiche retributive. I vantaggi di questa nuova metrica consistono nella possibilità di superare il carattere omologante ed a-selettivo dei provvedimenti limitativi del *turn-over*, i quali hanno stabilito tassi di rimpiazzo uniformi per macro-blocchi, senza considerare l'effettiva distribuzione del personale all'interno dei singoli comparti. La sua adozione renderebbe dunque più efficienti non solo le politiche assunzionali – limitando il *turn-over* delle p.a. in situazioni di eccedenza e liberando risorse per quelle con carenze – ma anche quelle allocative, attraverso l'opportunità di compensare gli squilibri dall'interno, senza incappare nelle rigidità imposte dalla presenza di una dotazione teorica.

La "riforma Madia" ha affidato la traduzione di questi obbiettivi alla riscrittura dell'art. 6, D.Lgs. n. 165/2001, dalla cui rubrica viene espunto il precedente riferimento alle dotazioni organiche¹⁴.

Nell'attuale disciplina dedicata ad "organizzazione degli uffici e fabbisogni di personale", il baricentro dell'attività

¹⁰ Garilli, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 101 e segg.

¹¹ Tamassia, *Enti locali*, in AA.VV., *Pianificare l'organizzazione, i fabbisogni, le culture. Analisi delle strutture, delle dotazioni organiche e dei fabbisogni di risorse umane delle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2004, 81 e segg.

¹² Ales, *La programmazione "impossibile"? I vincoli legali ai percorsi organizzativi delle pubbliche amministrazioni nella strategia di "ridimensionamento" delle risorse umane*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2005, 537 e segg.

¹³ Cfr. Petiti-Vignocchi, *Pa: così i fabbisogni guideranno le assun-*

zioni, in *www.lavoce.info*, 13.10.2017; Mastrogiuseppe-Vignocchi, *I fabbisogni standard di personale nella p.a.*, in *Guida al Pubbl. Impiego*, 2013, 41 e segg.

¹⁴ Per un primo commento cfr. Bianco, *Dotazioni organiche, mobilità, accessi, collaborazioni, disabilità ed altre disposizioni*, in Bianco-Boscato-Ruffini (a cura di), *La riforma del pubblico impiego e della valutazione. Cosa cambia con i Decreti attuativi D.Lgs.74/2017 e D.Lgs.75/2017*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 27; Guzzardi, *Come cambia il rapporto tra dotazione organica, fabbisogno triennale e assunzioni a seguito dell'entrata in vigore della riforma della PA*, in *Azienditalia – Il Personale*, 2017, 333 e segg.

programmatoria è costituito dal “piano triennale dei fabbisogni di personale”, che sostituisce la programmazione triennale dei fabbisogni di cui alla L. n. 449/1997. Il nuovo documento deve essere redatto “in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della *performance*”, ed indicare le risorse finanziarie destinate alla sua attuazione, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quella connessa alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente. Ai fini dell'adozione dei nuovi piani triennali, la riforma prevede la definizione di linee di indirizzo, per orientare le amministrazioni anche con riferimento a fabbisogni prioritari o emergenti di nuove figure e competenze professionali (cfr. il nuovo art. 6 *ter*, D.Lgs. n. 165/2011, introdotto dall'art. 4, D.Lgs. n. 75/2017)¹⁵. Quest'ultima previsione sembra supplire alla mancata attuazione – quantomeno diretta – del criterio di delega dettato dall'art. 17, 1° comma, lett. i), L. n. 124/2015, avente ad oggetto la “rilevazione delle competenze dei lavoratori pubblici”. Ed infatti, l'adozione delle linee guida dovrà avvenire sulla base delle rilevazioni di cui all'art. 60, D.Lgs. n. 165/2001 (anch'esso novellato dall'art. 22, 5° comma, D.Lgs. n. 75/2017), che affida al “sistema informativo del personale”, governato dal Ministero dell'economia e delle finanze, il censimento di informazioni riguardanti le professioni, le competenze e i dati correlati ai fabbisogni, in aggiunta alle tradizionali misurazioni di natura quantitativa e contabile¹⁶. Sfruttando una mappatura delle competenze aggiornata e analitica, le politiche di reclutamento delle diverse p.a. potranno diversificarsi sulla base di esigenze reali e certificate in modo trasparente, con indubbi vantaggi per la razionalità all'interno sistema amministrativo.

Il meccanismo prospettato dall'art. 6-*ter* del T.u.p.i. ha carattere circolare, poiché sulle amministrazioni ricade un primo obbligo di comunicare le informazioni riguardanti i profili e i fabbisogni professionali (al fine implementare i dati del sistema informativo e consentire l'elaborazione delle linee guida), ed un secondo obbligo di comunicare i contenuti dei piani (formulati in coerenza con le linee guida) entro trenta giorni dalla loro adozione¹⁷. L'assolvimento di tali obblighi è imposto come condizione inderogabile per l'avvio del reclutamento, con espressa sanzione di nullità delle relative procedure ai sensi del successivo 5° comma.

Sebbene redatto su base triennale, il piano dei fabbisogni

viene adottato (*rectius* aggiornato) annualmente dall'organo di vertice dell'amministrazione. Per le amministrazioni statali, esso viene approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (o da Ministro delegato), di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze; per le altre amministrazioni pubbliche è deliberato in conformità alle modalità previste dalla disciplina dei propri ordinamenti. In entrambi i casi continua ad essere garantita l'informazione sindacale preventiva, mentre viene espunta la partecipazione dei dirigenti al processo di elaborazione del piano ai sensi del previgente art. 6, comma 4° *bis*, D.Lgs. n. 165/2001. Quest'ultima prerogativa, che costituiva una delle innovazioni più discusse della “riforma Brunetta”, risulta comunque recuperabile grazie al mantenimento delle speculari facoltà disciplinate dagli artt. 16, 1° comma, lett. *a-bis*) e 17, 1° comma, lett. *d-bis*), D.Lgs. n. 165/2001, che continuano a contemplare un intervento propositivo e consultivo dei dirigenti generali e di base sulle risorse ed i profili professionali necessari ai relativi uffici¹⁸.

Nel parere reso sullo schema del decreto di attuazione della riforma, la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha condiviso con particolare enfasi il nuovo orientamento legislativo rivolto a sostituire il tradizionale assetto organizzativo basato sul limite fisso dell'organico con il nuovo modello assunzionale di tipo *budgetario*¹⁹. Per l'organo consultivo, l'abbandono del modello dotazionale “risponde ad una visione flessibile e lungimirante dell'apparato amministrativo e dell'organizzazione pubblica, che favorisce e responsabilizza la singola amministrazione, nell'ambito del *budget* assegnato, a distribuire il personale in base ad effettive esigenze e non ad aprioristici limiti di organico”. Si tratta di un giudizio certamente condivisibile, atteso che il meccanismo previsto dal nuovo art. 6 del T.u.p.i. potrà allentare le sequenze procedurali che governano la gestione delle risorse umane nelle zone nevralgiche della mobilità e dello sviluppo professionale o di carriera. Tuttavia, al netto del significativo alleggerimento regolativo, v'è da prendere atto che la riforma non si è realmente spinta fino al punto di superare l'obbligo di adozione della dotazione organica: tale strumento – tuttora diffusamente menzionato in vari segmenti del T.u.p.i. – rimane infatti sullo sfondo dell'organizzazione amministrativa, sollevando una serie di dubbi e difficoltà di coordinamento che solo la futura prassi applicativa potrà contribuire a dissolvere.

Segnatamente, l'art. 2, D.Lgs. n. 165/2001 continua ad

¹⁵ Per le amministrazioni statali le linee di indirizzo sono adottate con decreti non regolamentari del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica. Con riguardo alle regioni, agli enti regionali, al sistema sanitario nazionale e agli enti locali, i medesimi decreti sono adottati previa intesa in sede di Conferenza unificata, mentre per le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale di concerto anche con il Ministro della salute. Ai sensi dell'art. 22, 1° comma, del D.Lgs. n. 75/2017, le linee di indirizzo per la pianificazione di personale avrebbero dovuto essere adottate entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto. Tuttavia, si prevede che, in sede di prima applicazione, le amministrazioni possano adottare il piano triennale dei fabbisogni anche in assenza delle linee di indirizzo.

¹⁶ Qualora il monitoraggio effettuato dal Ministero dell'economia e delle finanze di intesa con il Dipartimento della funzione pubblica rilevi incrementi di spesa correlati alle politiche assunzionali tali da compromettere gli obiettivi e gli equilibri di finanza pubblica, il Mi-

nistro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, con decreto di natura non regolamentare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, adotta le necessarie misure correttive delle linee di indirizzo di cui al 1° comma (cfr. art. 6-*ter*, 6° comma, D.Lgs. n. 165/2001, inserito dall'art. 4, 3° comma, D.Lgs. n. 75/2017).

¹⁷ Da questo circuito di reclutamento sono escluse le istituzioni scolastiche ed educative statali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e delle istituzioni universitarie, nonché degli enti pubblici di ricerca di cui al D.Lgs. 25 novembre 2016, n. 218. Analogamente, per gli enti del servizio sanitario nazionale sono fatte salve le particolari disposizioni dettate dalla normativa di settore (cfr. il nuovo comma 6° *bis* dell'art. 6, D.Lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 4, D.Lgs. n. 75/2017).

¹⁸ Sul punto va detto che le norme citate continuano a fare impropriamente riferimento al documento di programmazione dei fabbisogni e non già al nuovo piano triennale.

¹⁹ Cfr. Commissione Speciale del Consiglio di Stato, parere n. 916 del 21 aprile 2017.

affidare la determinazione delle dotazioni organiche complessive agli atti organizzativi adottati da ciascuna amministrazione secondo il proprio ordinamento, in conformità con i principi generali fissati da disposizioni di legge; analogamente, l'art. 6, 3° comma, detta le regole per la sua eventuale rimodulazione in caso di scostamenti rispetto ai fabbisogni programmati all'interno del piano triennale, ponendo la condizione che ciò avvenga nell'ambito del potenziale limite finanziario massimo della medesima e di quanto previsto dall'art. 2, comma 10° *bis*, D.L. n. 95/2012, conv. dalla L. n. 135/2012, garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione²⁰. Il vantaggio più evidente di questo nuovo sistema consiste nella possibilità di riallineare in chiave dinamica l'attività di pianificazione formale alle sue concrete risultanze, superando il problema della mancata cancellazione dei posti teoricamente previsti dalla dotazione organica, quand'anche occupati da dipendenti cesati che non sia più necessario (o possibile) rimpiazzare. Tuttavia, l'obbligo di continuare a determinare in via amministrativa la consistenza complessiva della dotazione organica e ad operare la periodica rimodulazione sembra depotenziare la carica innovativa della riforma, confermando nella sostanza l'architettura ordinamentale preesistente, ancorché semplificata negli strumenti operativi. L'intera materia concernente l'organizzazione degli uffici e la loro articolazione strutturale continua infatti ad essere incardinata sull'attività provvedimentale prevista dagli ordinamenti di ciascuna amministrazione e di pertinenza dei diversi organi di governo (cfr. il nuovo art. 6, 1° comma, coordinato con gli artt. 4 e 24, D.Lgs. n. 165/2001, non modificati sul punto). Al contempo, anche le determinazioni riguardanti le dotazioni organiche continueranno ad essere adottate mediante atti autoritativi emanati dagli organi di indirizzo politico, secondo una scansione temporale che mira ad allineare la loro rimodulazione alla definizione dei piani triennali dei fabbisogni. La differenza rispetto al passato sta negli strumenti attuativi: se nella precedente versione dell'art. 6 l'organizzazione degli uffici e la determinazione della consistenza delle dotazioni organiche avvenivano mediante la procedura di cui all'art. 17, comma 4° *bis*, L. n. 400/1988²¹, adesso l'intera sequenza di pianificazione dei fabbisogni/revisione organizzativa/rimodulazione delle dotazioni organiche si regge sul ricorso ordinario allo strumento del D.P.C.M. (o del Ministro delegato), da adottare di concerto con il solo Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta del Ministro competente. Il che renderà certamente più rapida l'attuazione delle determinazioni riguardanti la provvista di personale, compresa la sua variazione periodica e la sua articolazione interna.

Restano tuttavia alcune criticità.

In primo luogo, il venir meno dei rinvii ai regolamenti governativi di delegificazione di cui all'art. 17, comma 4° *bis*, L. n. 400/1988, elimina il controllo parlamentare ed il

parere del Consiglio di Stato sulle scelte organizzative operate dalle amministrazioni centrali, rendendo il meccanismo potenzialmente incostituzionale per violazione della riserva relativa di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici *ex art.* 97, 1° comma, Cost. In secondo luogo, occorre prendere atto che la dotazione organica, pur non costituendo più un limite interno per le politiche assunzionali, continuerà ad esistere e condizionare indirettamente l'organizzazione amministrativa attraverso gli adempimenti di natura pubblicistica richiesti per la variazione della sua consistenza o della sua articolazione interna. Da qui l'impressione che la riforma sia rimasta "a metà del guado", stante la difficoltà nel raccordare un progetto che intendeva svincolarsi dagli aspetti statici dell'organico teorico, ma che di fatto continua a riconoscerci cittadinanza giuridica, quantomeno indiretta. Si pensi all'obbligo di "congelare" i posti riferiti alle attività esternalizzate, in attesa della rideterminazione dell'ordinamento dotazionale conseguente all'operazione di *downsizing* (cfr. l'art. 6 *bis*, D.Lgs. n. 165/2001 pure modificato dal D.Lgs. n. 75/2017). O ancora alle ricadute che il mantenimento della dotazione organica approvata da ciascuna amministrazione produrrà sui tetti al conferimento di incarichi dirigenziali esterni, tuttora parametrati in misura percentuale sui posti di ruolo ivi formalmente previsti (cfr. art. 19, D.Lgs. n. 165/2001 per le amministrazioni centrali e art. 110, D.Lgs. n. 267/2000 per gli enti locali). Infine, non va trascurato che, ai sensi del nuovo art. 6, 3° comma, D.Lgs. n. 165/2001, la consistenza della dotazione organica può essere rimodulata nell'ambito "del potenziale limite finanziario massimo della medesima", e comunque garantendo la neutralità finanziaria dell'operazione. Sicché, se da una parte si può ritenere che il piano triennale dei fabbisogni possa prevedere l'assunzione di unità di personale ulteriori e non contemplate dalla dotazione formale, dall'altra il principio di neutralità finanziaria farà sì che le amministrazioni non potranno istituire nuovi posti che ne aumentino i costi teorici, ovvero quelli che sarebbero determinati dalla piena copertura della stessa²². Si tratta di profili di particolare importanza, atteso che l'assenza di chiarezza sull'attuale funzione e rilevanza giuridica della dotazione organica potrebbe indurre gli organi di vertice delle varie amministrazioni a prediligere la via dell'autoconservazione degli schemi operazionali previgenti, operando scelte organizzative caute e misurate, anche per evitare l'esposizione al rischio di una responsabilità contabile in caso di non corretta applicazione delle nuove norme.

Osservazioni conclusive e una proposta *de jure condendo*

La strada da percorrere per una vera riforma dell'organizzazione amministrativa è quella del definitivo abbandono della dotazione organica, con attribuzione alla dirigenza

²⁰ Viene dunque confermato il divieto di istituire nuovi uffici dirigenziali se non tramite l'adozione di norme primarie di legge. Il che lascia intendere che la possibilità di operare mediante fonti secondarie si intende consentita per le sole operazioni di riassetto degli uffici dirigenziali esistenti, senza che da ciò discendano incrementi quantitativi, così come già affermato dalla giurisprudenza contabile. Cfr. Corte dei conti, Sez. controllo, 25 giugno 1996, n. 90, in *Riv. Corte Conti*, 1996, fasc. 5.

²¹ Mentre per modificare la distribuzione del personale dei diversi livelli e qualifiche previsti dalla dotazione era sufficiente l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

²² Bianco, *Dotazioni organiche, mobilità, accessi, collaborazioni*, cit., 28 e segg.

di vertice di tutte le determinazioni riguardanti la provvista di personale che si collochino a valle delle scelte di indirizzo e programmazione. Si tratterebbe in sostanza di rimodulare l'assetto delle funzioni assegnate rispettivamente agli organi di indirizzo e a quelli preposti alla gestione, trasferendo parzialmente la disciplina riguardante l'articolazione/revisione degli organici dall'area della macro-organizzazione (nella quale è stata finora interamente collocata), a quella della micro-organizzazione, sì da ricomporre la frattura normativa che attualmente sottrae al datore di lavoro pubblico alcune fondamentali prerogative di *management* riconosciute al suo omologo nel settore privato. Una simile operazione appare compatibile con i vincoli posti dall'art. 97 Cost. in materia di organizzazione amministrativa, poiché la riserva di legge ivi contenuta non impone l'integrale assoggettamento della materia alla regolazione pubblicistica: il momento esclusivamente pubblico dell'organizzazione va infatti rinvenuto nelle sole fasi dell'affidamento delle funzioni – vale a dire del complesso di poteri incardinati su un determinato ufficio per la realizzazione di un interesse pubblico – e dell'attribuzione delle risorse che permettono di garantire l'esercizio di quei poteri entro una cornice di sostenibilità prima di tutto finanziaria²³. Il che è quanto avverrebbe con il passaggio ad un sistema di governo degli organici di tipo puramente *budgetario*, che attraverso l'imposizione a ciascuna p.a. del solo obbligo di rispettare i tetti di spesa, potrebbe certamente assicurare la tenuta dei limiti costituzionali ed il perseguimento dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Nel rispetto del principio di separazione delle funzioni,

allora, agli organi di indirizzo politico dovrebbero essere attribuite unicamente le funzioni di pianificazione, individuazione del disegno organizzativo generale dell'ente e assegnazione delle relative risorse, sulla scorta degli obiettivi strategici dell'azione amministrativa. Si tratta delle determinazioni concernenti l'individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale, attualmente regolate dagli artt. 4, 1° comma, lett. c) e 14, 1° comma, lett. b), D.Lgs. n. 165/2001.

Sul versante opposto, le determinazioni afferenti alla dislocazione del personale, alla sua distribuzione nei diversi livelli o qualifiche e all'attivazione dei percorsi di carriera dovrebbero essere integralmente rimesse all'esercizio dei poteri privatistici della dirigenza e svincolate dall'assetto teorico della dotazione organica e dalle procedure pubblicistiche in atto necessarie per la sua periodica rimodulazione. In tal modo, la fisionomia degli uffici potrebbe essere tratteggiata dai *manager* pubblici in modo più aderente alle specifiche esigenze funzionali dell'amministrazione, apportando un guadagno anche in termini di snellezza delle sequenze decisionali e rapidità di quelle attuative²⁴.

Beninteso, la scelta del legislatore di procedere gradualmente appare comprensibile, specialmente ove collocata nell'ambito di una riforma che alla fine è risultata sprovvista dell'annunciato furore di smantellamento, e che ha proposto aggiornamenti al T.u.p.i. dal carattere per lo più micro-discontinuo. Liberarsi dalla fascinazione passata è certamente difficile, ma non è mai troppo presto per pensare a possibili cambiamenti per il futuro.

Utilizzo dei contratti flessibili e stabilizzazione del personale precario

Cinzia De Marco

Il commento analizza le novità apportate dal D.Lgs. n. 75/2017 sull'utilizzo dei contratti flessibili, sul conferimento di collaborazioni e incarichi individuali e sul processo di stabilizzazione del personale precario nelle pubbliche amministrazioni, mettendo in luce la mancanza di una puntuale regolamentazione delle singole fattispecie contrattuali flessibili utilizzabili per il soddisfacimento dei fabbisogni delle amministrazioni, nonché l'impatto negativo delle stabilizzazioni sul "ringiovanimento del personale delle pubbliche amministrazioni".

I rapporti di lavoro non *standard* nelle pubbliche amministrazioni

L'art. 9, D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75, effettua l'ennesima riscrittura dell'art. 36, D.Lgs. 165/2001. Esso è stato emanato sulla base dell'art. 17, lett. o) della L. delega n. 124/2015. Quest'ultima disposizione ha previsto, infatti, di intervenire sulla "disciplina delle forme di lavoro flessibile, con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e

con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato".

Il legislatore della delega ha posto, pertanto, rigidi criteri segnatamente consistenti nella necessità di: a) prevedere fattispecie di lavoro flessibile "limitate", con ciò significando il divieto di considerare utilizzabile interamente la pletera di lavori flessibili previsti per i lavoratori del settore privato; b) effettuare un'elencazione tassativa delle forme consentite; c) chiarire, all'interno delle forme autorizzate, le specifiche compatibilità delle stesse con la particolarità del lavoro pubblico e con le esigenze delle amministrazioni; d)

²³ Boscato, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2008, 120 e segg., nonché, se si vuole, Riccobono, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017, cap. II, ove si è cercato di argomentare *funditus* questa tesi.

²⁴ Si pensi, solo a titolo di esempio, alla possibilità di variare per esigenze organizzative o in caso di eccedenza sopravvenuta il profilo

professionale di un dipendente con altro di pari livello, all'interno della medesima area di inquadramento, dunque a costo zero, senza che gli organi di governo dell'amministrazione debbano preventivamente modificare l'assetto della dotazione organica e la distribuzione dei posti ivi previsti per autorizzare tale passaggio, nel caso in cui il posto relativo al profilo di destinazione non sia contemplato o non risulti vacante.

ammettere l'utilizzo delle forme flessibili esclusivamente per fabbisogni temporanei allo scopo di prevenire il precariato.

Il legislatore delegato innanzitutto modifica la rubrica dell'articolo che oggi è intitolato "personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile" in luogo del precedente "utilizzo dei contratti di lavoro flessibile". La nuova formulazione della rubrica sembra, dunque, riportare al centro dell'attenzione la persona del lavoratore assunto con contratto a termine o altra tipologia flessibile, ma tale intento è immediatamente smentito dai primi commi della disposizione nei quali il soggetto è sempre costituito da "le pubbliche amministrazioni", sicché unica conseguenza non può che essere quella di avere posto in rilievo, rispetto alle altre forme, il contratto a tempo determinato.

Rimane invariato il primo comma dell'articolo contenente la specificazione introdotta dall'art. 3, 79° comma dalla L. n. 244/2007 – poi mantenuta nella successiva riscrittura della norma contenuta nell'art. 49 della L. n. 133/2008 – secondo cui le pubbliche amministrazioni per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario sono tenute ad utilizzare unicamente contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a seguire le procedure di reclutamento previste dall'art. 35 del T.u.p.i.

La modifica più rilevante va riscontrata nella nuova formulazione del secondo comma. Qui il legislatore "invertendo l'ordine dei fattori" pone l'accento non più come prima sul necessario collegamento tra utilizzo di forme contrattuali flessibili ed esigenze temporanee o eccezionali, ma effettua l'apertura della norma in maniera concessiva, prevedendo, cioè, per le pubbliche amministrazioni la possibilità di avvalersi di una serie di contratti flessibili espressamente nominati (contratto di lavoro a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro, contratti di somministrazione a tempo determinato), e poi con un generico ed indistinto rinvio autorizza l'utilizzo anche delle altre "forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa", secondo "limiti e modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle pubbliche amministrazioni". È, soltanto, infatti nel secondo periodo del comma considerato che il legislatore delegato relega la condizione essenziale affinché il ricorso alle forme contrattuali flessibili sia legittimo, vale a dire che esso risponda a comprovate esigenze temporanee o eccezionali dell'amministrazione.

Va in primo luogo messo in evidenza come vi sia stata un'elusione della delega. Questa, infatti, era caratterizzata dal chiaro intento di limitare quanto più possibile l'utilizzo dei contratti di lavoro diversi da quelli a tempo indeterminato nelle pubbliche amministrazioni, come misura di prevenzione contro la precarizzazione. Il decreto delegato, in-

vece, continua a considerare utilizzabili tutte le forme contrattuali flessibili esistenti nel settore privato¹.

Rispetto alla normativa precedente la disposizione non effettua più un riferimento ai contratti collettivi nazionali per quanto riguarda la regolamentazione dei contratti flessibili espressamente indicati. Ciò, però, si spiega con il rinvio operato dalla norma, in ordine alla disciplina applicabile, al D.Lgs. n. 81/2015 in materia di riordino dei contratti di lavoro nel settore privato. Ed infatti il comma 2° *bis* conseguentemente contiene una disposizione di coordinamento testuale precisando che i rinvii previsti nel D. Lgs. 81/2015 ai contratti collettivi devono intendersi riferiti ai contratti nazionali stipulati dall'ARAN. Nello stesso senso va inquadrata l'abrogazione dei commi 5° *bis* e 5° *ter* dell'articolo che prevedevano riferimenti a disposizioni legislative abrogate dal D.Lgs. n. 81/2015.

Tuttavia il secco rinvio al D.Lgs. n. 81/2015 pone una serie di problemi. Ed infatti per quanto riguarda il contratto a tempo determinato non convince l'integrale richiamo agli artt. 19 e segg. del decreto da ultimo citato, innanzitutto in riferimento alla circostanza per cui nel lavoro pubblico si è scelto di mantenere quale presupposto essenziale per la stipula del contratto la necessaria presenza delle cause giustificatrici (comprovate esigenze temporanee o eccezionali), laddove, invece, nel lavoro privato già con il c.d. decreto Poletti (n. 34/2014) l'impianto regolativo della materia è tutto incentrato sulla "acausalità" del rapporto di lavoro a termine². Sarebbe stato, logicamente opportuno prevedere una specifica regolamentazione della proroga; essa, infatti, qualora venisse proposta nel numero di cinque volte nell'arco dei trentasei mesi, non potrebbe, come nel lavoro privato, essere effettuata puramente e semplicemente ma andrebbe necessariamente ricollegata alle identiche esigenze per le quali è stato stipulato il contratto. Parimenti sarebbe stata opportuna una specifica regolamentazione delle clausole di contingentamento, posto che i limiti quantitativi previsti dalla legge si applicano solo nel caso in cui il contratto collettivo non preveda diversamente.

In ordine poi al risarcimento in caso di violazione di norme imperative, il D.Lgs. n. 75/2017 non apporta alcuna modifica rispetto alla precedente formulazione, limitandosi (unicamente) a ribadire il diritto del lavoratore al ristoro del danno derivante dalla prestazione di lavoro effettuata. La legge, dunque, continua a non offrire ulteriori dettagli, né sugli eventuali oneri gravanti sul lavoratore ai fini del riconoscimento del risarcimento, né sui criteri e parametri con i quali determinarlo, tant'è che la questione, come è noto, ha determinato soluzioni non univoche nella giurisprudenza nazionale, con contrasti registratisi all'interno anche della Suprema Corte.

Sarebbe stato, in questo caso, opportuno indicare un criterio per la quantificazione del danno, magari trasponen-

¹ Rilievo sollevato anche dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 916/2017, reso nei confronti dello schema di decreto, in cui si suggerisce di porre in essere "adeguati interventi normativi anche al fine di chiarire quali siano le forme di lavoro flessibile utilizzabili presso le pubbliche amministrazioni, anche per dare continuità al processo di omogeneizzazione e di allineamento della disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, evitando o quanto meno riducendo quanto più è possibile i rischi che la disciplina del rapporto di lavoro pubblico alle dipendenze delle pub-

bliche amministrazione costituisca, come tuttora appare sempre più, *tertium genus* tra quello privato e quello pubblico non contrattualizzato", a tal fine, secondo il Consiglio, "potrebbe essere utile anche un'opera di comunicazione istituzionale delle *best practice*, per valorizzare le potenzialità di tali strumenti, come dimostrato soprattutto dalle migliori esperienze straniere".

² Cfr. D'Alessio-Zoppoli, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in www.astrid-online.it.

do l'orientamento della Corte di cassazione, Sez. un. n. 5072/2016³, che, riprendendo la nozione elaborata dalla Corte di Giustizia di "danno comunitario"⁴, richiama il metro utilizzato dall'art. 32, 5° comma, L. n. 183/2010.

Tale normativa è stata poi trasfusa nell'art. 28, 2° comma, del D.Lgs. n. 81/2015, il quale prevede che nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, "il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604/1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro". Questa, peraltro era la strada indicata dal Consiglio di Stato nel parere emesso nei confronti dello schema di decreto⁵.

Infine sempre per il contratto a tempo determinato viene "escluso il diritto di precedenza che si applica al solo personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b)", D.Lgs. n. 165/2001. Cioè a dire che il diritto di precedenza, (riconosciuto al lavoratore privato dall'art. 24 del D.Lgs. n. 81/2015 in diverse ipotesi sebbene a specifiche condizioni), nel lavoro pubblico si applica al solo personale reclutato mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo (art. 35, 1° comma, lett. b), D.Lgs. n. 165/2001). Qui si registra una difformità rispetto alla Relazione illustrativa allo schema di decreto contenente le modifiche al T.U. sul pubblico impiego del 22 febbraio 2017⁶ in cui si afferma che il diritto di precedenza è riconosciuto al personale delle sole categorie protette. Per assicurare tale diritto alle categorie protette il rinvio normativo avrebbe dovuto essere fatto non già al 1° comma, bensì al 2° comma dell'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001.

Ulteriori problemi si pongono in relazione alle altre tipologie di lavori flessibili. Ad esempio il lavoro accessorio che ai sensi del D.Lgs. n. 81/2015 era parzialmente applicabile al lavoro pubblico con le precisazioni contenute nell'art. 48, 4° comma, secondo cui il ricorso a tale tipologia contrattuale da parte di un committente pubblico doveva essere effettuato "nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno", e al 7° comma che effettuava un rimando alla disciplina in materia

di utilizzo di contratti flessibili da parte delle amministrazioni pubbliche di cui al D.Lgs. n. 165/2001. Com'è noto tale disciplina – al fine di evitare il *referendum* abrogativo – è stata cancellata dal D.L. 17 marzo 2017 n. 25, anche se è stato previsto un regime transitorio per consentire l'utilizzo, fino al 31 dicembre 2017, dei buoni per prestazioni di lavoro accessorio già richiesti alla data di entrata in vigore del decreto legge, e al suo posto è stato introdotto il contratto di prestazione occasionale dal D.L. n. 50/2017, conv. dalla L. n. 96/2017.

Secondo la suddetta disciplina le Amministrazioni pubbliche possono, nel rispetto delle norme sul contenimento dei costi, utilizzare tale figura contrattuale esclusivamente per esigenze temporanee o eccezionali. Il decreto esplicita quattro possibili tipologie di esigenze che possono dar luogo al lavoro occasionale. Una prima è il suo utilizzo "nell'ambito di progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o che fruiscono di ammortizzatori sociali". Una seconda tipologia riguarda lo "svolgimento di lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi". Il lavoro occasionale può essere in terzo luogo utilizzabile "per attività di solidarietà, in collaborazione con altri enti pubblici o associazioni di volontariato" e, infine, "per l'organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritative". In verità soltanto la seconda e la quarta tipologia sono pienamente coerenti con l'enunciata condizione essenziale della presenza di esigenze temporanee o eccezionali, riguardando la necessità di recuperare personale per far fronte a necessità legate ad emergenze straordinarie o a manifestazioni.

Ciò posto, in riferimento all'utilizzazione delle prestazioni occasionali, trattandosi di una amministrazione pubblica, poteva essere opportuna una specifica regolamentazione all'interno dell'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001 che, sulla base delle buone pratiche poste in essere da alcuni enti locali⁷, prevedesse la predisposizione di appositi regolamenti – da adottarsi sulla base di modelli *standard* predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica – al fine di disciplinare aspetti non presenti nella norma di legge (quali ad esempio i requisiti dei soggetti destinatari ovvero i criteri per la predisposizione delle graduatorie), al fine di garantire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza⁸.

Infine, tornando alla formulazione attuale dell'art. 36 va valutata positivamente la modifica del comma 3 il quale dispone che il rapporto informativo sulle tipologie di lavoro utilizzate (che deve essere redatto annualmente dalle amministrazioni sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione) debba essere portato a conoscenza delle

³ Cfr. Frasca, *La quantificazione del "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le Sezioni Unite*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 870 segg.

⁴ CGUE, 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*.

⁵ Si legge infatti nel parere "sarebbe auspicabile prevedere espressamente, e non con un mero generico rinvio 'in blocco' alla disciplina del D.Lgs. n. 81/2015, che al lavoratore è dovuto comunque il risarcimento di cui all'art. 28, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, richiamando espressamente tale disposizione (che ha recepito la precedente

previsione dell'art. 32, comma 5, della L. n. 183/2010, abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. f), dello stesso D.Lgs. n. 81/2015): ciò per prevenire, anche in sede europea, possibili contenziosi".

⁶ In *www.camera.it*.

⁷ V. ad esempio il Regolamento Prestazioni Lavoro Accessorio del comune di Bergamo in https://www.comune.bergamo.it/upload/bergamo_ecm8/regolamenti/115BUONILAVOROVOUCHER_163_3355.pdf.

⁸ Cfr. D'Alessio-Zoppoli, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, cit., 13.

organizzazioni sindacali tramite l'invio all'osservatorio paritetico presso l'Aran, con l'indicazione dei dati identificativi dei titolari del rapporto.

Gli incarichi di lavoro autonomo

L'art. 5, D.Lgs. n. 75/2017, interviene sui rapporti di collaborazione e sul conferimento di incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo, modificando l'art. 7, D. Lgs. n. 165/2001.

La riforma anzitutto intende "armonizzare" la disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato nell'ambito delle collaborazioni profondamente trasformate dal D. Lgs. n. 81/2015, che, da un lato, ha abrogato la fattispecie del lavoro a progetto e, dall'altro, ha introdotto un nuovo filtro selettivo con funzione antielusiva per distinguere le collaborazioni genuine da quelle false⁹. Queste ultime vengono individuate da tale decreto all'art. 2, 1° comma, attraverso due criteri la cui ricorrenza comporta l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato: il carattere esclusivamente personale della prestazione (in luogo di quello prevalentemente personale) e l'eteroorganizzazione (in luogo del coordinamento). Per le collaborazioni autonome ha provveduto, poi, la L. n. 81/2017 (Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato), che ha modificato l'art. 409, n. 3, c.p.c. introducendo la precisazione secondo cui "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa".

Lo stesso art. 2 (4° comma) del D.Lgs. n. 81/2015 ha escluso l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni eteroorganizzate eventualmente in corso di svolgimento presso le pubbliche amministrazioni, fino al completo riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile nel settore, vietando nel contempo la stipulazione di tali contratti dal 1° gennaio 2017 (termine poi prorogato al 1° gennaio 2018 dall'art. 1, 8° comma, del D.L. n. 244/2016).

Il D.Lgs. n. 75/2017, ha trasposto tale divieto nel corpo dell'art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001, al comma 5° *bis* e ha poi coordinato le citate disposizioni di cui al 4° comma dell'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2015 con quelle contenute nel testo della riforma¹⁰.

Il decreto consente, invece, il conferimento di incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo in presenza di

presupposti di legittimità, già indicati nel testo originario. Rispetto al quale va, però, segnalato l'inserimento dell'aggettivo "specifiche" a connotazione delle esigenze giustificatrici cui non si possa far fronte con personale in servizio¹¹, la soppressione delle parole "di natura occasionale o coordinata e continuativa", e la cancellazione dell'indicazione del luogo di svolgimento dell'incarico.

Queste modifiche possono indurre l'interprete a ritenere che le pubbliche amministrazioni non possano più porre in essere le collaborazioni autonome di cui all'art. 409, n. 3 c. p.c., ma il mancato espresso richiamo a questa tipologia contrattuale non è decisivo per escluderne l'applicazione, in quanto per la loro natura si pongono al di fuori dello statuto protettivo del rapporto di lavoro subordinato, e, quindi, sono coerenti con la *ratio legis* che intende reprimere le elusioni al sistema di reclutamento dei dipendenti pubblici e contenere la spesa del personale. Va, comunque, messo in evidenza che anche se non è presente un divieto di conferimento di incarichi di collaborazione coordinata e continuativa la riforma introduce una serie di elementi allo scopo di dissuadere le pubbliche amministrazioni dal fare ricorso a tali tipi di incarichi tutte le volte in cui non vi siano significativi margini di autonomia lasciati al collaboratore¹².

In riferimento alle conseguenze, il nuovo art. 7, D.Lgs. n. 165/2001, ribadisce la nullità dei contratti posti in essere contravvenendo ai divieti indicati nel comma 5° *bis* e nel 6° comma, nonché, nei confronti del dirigente, la responsabilità erariale e dirigenziale *ex art.* 21, D.Lgs. n. 165/2001, cui consegue la mancata erogazione della retribuzione di risultato.

La norma poi chiarisce che i vincoli posti al conferimento di incarichi individuali con contratto di lavoro autonomo non si applicano ai componenti degli "organismi indipendenti di valutazione" in luogo della formula più generica di "servizi di controllo interno", presente nella precedente formulazione, e che agli enti pubblici di ricerca continuano ad applicarsi le disposizioni speciali che escludono il controllo preventivo da parte della Corte dei conti.

Per quanto, invece, attiene alla posizione del soggetto che abbia effettuato la prestazione lavorativa, questi, qualora il rapporto si sia atteggiato dal punto di vista fattuale come subordinato potrà rivolgersi al giudice del lavoro e invocare la tutela di cui all'art. 2126 c.c. sulla nullità del contratto stipulato in violazione di norme di legge¹³.

Nel caso, invece, in cui ciò non sia possibile ma, ad esempio il contratto di incarico individuale sia nullo perché vi erano, nell'ambito dell'amministrazione che lo ha confe-

⁹ Da ultimo v. Zoppoli, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 1, 33, Tiraboschi, *Il lavoro eteroorganizzato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 978 segg., Tosi, *Le collaborazioni eteroorganizzate*, in *questa rivista*, 2016, 737 segg., Santoro-Passarelli, *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, 1, 91 segg.; Pallini, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, I, 65 segg.

¹⁰ Art. 22, commi 8° e 9°, lett. a) e b), D.Lgs. n. 75/2017.

¹¹ Con ciò si è voluto rimarcare che il conferimento di incarichi individuali sarà possibile soltanto a condizione che le attività da svolgere da parte dei collaboratori siano differenziate rispetto a quelle ordinarie.

¹² Cfr. Bianco, *Dotazioni organiche, mobilità, accessi, collaborazioni,*

disabilità ed altre disposizioni, in Bianco-Boscato-Ruffini, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione. Cosa cambia con i Decreti attuativi D.Lgs.74/2017 e D.Lgs.75/2017*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 37.

¹³ Cass., 8 febbraio 2017, n. 3384, in *www.ilgiuslavorista.it*, secondo cui "la stipulazione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa con un'amministrazione pubblica, al di fuori dei presupposti di legge, non può mai determinare la conversione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, potendo il lavoratore conseguire una tutela in termini meramente risarcitori, nei limiti di cui all'articolo 2126 c.c., qualora il contratto di collaborazione abbia la sostanza di rapporto di lavoro subordinato, con conseguente diritto anche alla ricostruzione della posizione contributiva previdenziale".

rito risorse umane disponibili, potrà rivolgersi al giudice ordinario agendo, non essendo possibile esperire altro tipo di azione, per ingiustificato arricchimento *ex art* 2041 c.c.

Le nuove regole per le stabilizzazioni del personale precario

Direttamente collegato alla tematica della regolamentazione del c.d. lavoro flessibile, è il superamento del precariato e la (conseguente) stabilizzazione del relativo personale.

A tale proposito l'articolo 20, D.Lgs. n. 75/2017, disegna una *road map* per riassorbire tale personale ricalcando analoghi meccanismi previsti dall'art. 35, comma 3° *bis* del D. Lgs. n. 165/2001, il quale prevede una riserva dei posti a concorso nel limite del 40 per cento a favore dei titolari di rapporto di lavoro a tempo determinato con almeno tre anni di servizio presso la stessa amministrazione nonché la valorizzazione nei concorsi dell'esperienza maturata sempre da almeno tre anni con contratto a tempo determinato e con altre tipologie contrattuali flessibili.

Esso dà attuazione al criterio di delega di cui all'art. 17, 1° comma, lett. a), L. n. 124/2015, che richiede la "previsione nelle procedure concorsuali pubbliche di meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche, con esclusione, in ogni caso, dei servizi prestati presso uffici di diretta collaborazione degli organi politici e ferma restando, comunque, la garanzia di un adeguato accesso dall'esterno".

Secondo le stime del Governo il "piano straordinario di stabilizzazione" interesserà, nel triennio 2018-2020, circa 50 mila precari contribuendo a ridurre, nel breve periodo, i rischi di una nuova condanna in sede europea a fronte di un eccessivo ricorso a forme di lavoro flessibile. A tal fine il legislatore delegato ha tracciato due percorsi principali: stabilizzazione di dipendenti in possesso di almeno tre anni di anzianità di servizio, anche non continuativi negli ultimi otto, e procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, ai precari della PA.

In particolare, l'art. 20, 1° comma, del decreto legislativo, rubricato "Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni", consente alle pubbliche amministrazioni di assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che posseda tutti i seguenti requisiti:

a) risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della L. n. 124/2015 con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione;

b) sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;

c) al 31 dicembre 2017 abbia maturato alle dipendenze dell'amministrazione che procede all'assunzione almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

Questo percorso in definitiva conferisce alle amministrazioni la facoltà di effettuare una atecnica trasformazione del rapporto a termine in lavoro a tempo indeterminato. Infatti pur nel silenzio della legge è pacifico in giurisprudenza che l'anzianità maturata durante il rapporto precario deve essere computata in quello successivo costituito a tempo indeterminato a seguito della stabilizzazione.

A tale conclusione è pervenuta la Corte di Giustizia con due decisioni concernenti analoghe disposizioni in materia di stabilizzazioni introdotte con la L. n. 296/2006 (art. 1, 519° comma)¹⁴ e con D.L. n. 112/2008 (art. 75, 2° comma)¹⁵, applicando il principio di non discriminazione tra le due tipologie contrattuali sancito dalla clausola 4 della Dir. n. 99/70 CE.

Va precisato che, secondo la giurisprudenza nazionale, il riconoscimento dell'anzianità deve essere comunque limitato ai "periodi lavorati"¹⁶.

Questa prima procedura, riservata a coloro che abbiano intrattenuto rapporti a termine, si basa sulla sola verifica dei presupposti oggettivi indicati e non prevede, dunque, alcun tipo di selezione; eppure le Amministrazioni potrebbero esser costrette ad adottarle qualora le risorse finanziarie non siano capienti per l'assunzione di tutti i precari in possesso dei requisiti di legge. In tale evenienza, dovranno essere individuati criteri suppletivi rispetto alla mera anzianità di servizio, i quali tengano conto dell'esigenza espressa dal legislatore di "valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato".

Allo stesso tempo, le amministrazioni interessate possono bandire (nello stesso triennio 2018-2020) specifiche procedure concorsuali (nel rispetto del nuovo piano triennale dei fabbisogni individuato dal precedente art. 6, 2° comma, e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria), riservate, in misura non superiore al 50% dei posti disponibili, per l'assunzione a tempo indeterminato di personale non dirigenziale che alla data di entrata in vigore del provvedimento in esame posseda i seguenti requisiti: a) sia in servizio con contratti di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso; b) abbia maturato alle dipendenze dell'amministrazione che bandisce il concorso almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

L'esigenza di condizionare la stabilizzazione all'espletamento di procedure concorsuali si spiega con la circostanza che i lavoratori occupati con contratti flessibili diversi da quelli a termine non sono stati impiegati a seguito del superamento di un pubblico concorso. Sicché il rispetto dell'art. 97 Cost. per l'accesso al pubblico impiego impone necessariamente la procedura concorsuale, secondo il consolidato orientamento della Corte costituzionale.¹⁷

Al fine di consentire le stabilizzazioni il 3° comma dell'art. 20 espressamente amplia le capacità assunzionali delle pubbliche amministrazioni, consentendo, nel rispetto del vincolo al contenimento della spesa, e "al netto delle risorse destinate alle assunzioni a tempo indeterminato per reclutamento tramite concorso pubblico" di spostare una quota

¹⁴ CGUE, 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Rosanna Valenza et al. v. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 4, 1189, con nota di Costa, *Sul diritto agli scatti di anzianità dei lavoratori temporanei: la parità di trattamento riguarda le carriere lavorative*.

¹⁵ CGUE, ord. 4 settembre 2014, *Autorità per l'energia elettrica e il gas v. Antonella Bertazzi et al.*, in *www.eur-lex.europa.eu*.

¹⁶ Cass., 12 gennaio 2015, n. 262, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 2, 262.

¹⁷ Cfr. *ex plurimis*, Corte cost., 29 aprile 2010 nn. 149 e 150; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195, Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52.

della spesa pari all'ammontare medio delle risorse che l'Ente ha destinato nel triennio 2015-2017 per le assunzioni con contratti di lavoro flessibile. Le amministrazioni devono, però, dimostrare di essere in grado di sostenere a regime la relativa spesa di personale previa certificazione della sussistenza delle correlate risorse finanziarie da parte dell'organo di controllo, nonché ridurre in pari misura, nei propri bilanci, in maniera definitiva la spesa per le assunzioni con contratti flessibili.

La possibilità di attuare il piano straordinario è preclusa ai comuni che non hanno rispettato i vincoli di finanza pubblica negli anni 2012-2016. Le regioni a statuto speciale e gli enti territoriali ricompresi nel territorio delle stesse, possono procedere alla stabilizzazione dei lavoratori a tempo determinato in possesso dei requisiti richiesti dalla norma elevando ulteriormente i limiti finanziari per le assunzioni a tempo indeterminato anche mediante l'utilizzo di risorse appositamente individuate con legge regionale derivanti da misure di revisione e razionalizzazione della spesa e certificate dagli organi di controllo interno, purché l'attuazione del piano risulti compatibile con il raggiungimento dei propri obiettivi di finanza pubblica.

Coerentemente con il criterio della legge delega, il 5° comma dell'art. 20 fa divieto alle amministrazioni interessate di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibile di cui all'art. 9, 28° comma, D.L. n. 78/2010¹⁸, per le professionalità oggetto di stabilizzazione, fino a che non siano concluse le assunzioni dirette e le procedure concorsuali riservate. Mentre nelle more del completamento delle procedure di stabilizzazione, le Amministrazioni potranno prorogare i contratti di lavoro dei soggetti interessati alle procedure medesime, dando così continuità alle attività per le quali sono stati assunti, nei limiti delle risorse utilizzabili per le assunzioni a tempo indeterminato.

Un limite considerevole all'impatto della nuova disciplina è dato dall'espressa esclusione, dal suo ambito applicativo, del personale scolastico (docente e non) e di quello sanitario. Ed infatti, sebbene per il personale docente molti dei nodi critici dovrebbero essere stati sciolti con la stabilizzazione mediante il piano straordinario della L. n. 107/2015, tuttavia, va sottolineata la disparità di trattamento, giustificabile solo da esigenze di contenimento della spesa, fra il personale inserito nei percorsi di stabilizzazione e quello delle amministrazioni escluse al quale in caso di violazione

della Dir. 99/70 CE, si applica solo la misura ordinaria del risarcimento del danno prevista dall'art. 32, 5° comma, L. n. 183/2010¹⁹.

Con riferimento al personale docente della scuola la corte di Cassazione ha ritenuto che la stabilizzazione debba considerarsi misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica ed idonea a sanzionare l'abuso consistente nella reiterazione illegittima di contratti a termine nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo ed in quello in cui vi sia certezza di fruire in tempi certi e ravvicinati di un accesso privilegiato al pubblico impiego. In conseguenza non sussistendo un'ipotesi di danno presunto (cd. danno comunitario) la domanda risarcitoria può riguardare soltanto ulteriori e diversi danni e richiede che sia soddisfatto l'onere di allegazione e prova a carico del lavoratore²⁰. L'applicazione dell'affermato principio alle assunzioni del precariato alle condizioni e secondo le procedure indicate nel D.Lgs. n. 75/2017 presenta delle difficoltà ravvisabili nel fatto che il percorso di stabilizzazione è incerto in quanto le misure introdotte dal decreto legislativo non sanciscono un diritto alla stabilizzazione, posto che l'effettiva immissione nei ruoli delle amministrazioni potrà esser disposta, nel triennio 2018-2020, in conformità al piano triennale dei fabbisogni di personale ed entro i vincoli di finanza pubblica. Sarà pertanto necessario un approccio *case by case* per verificare la sussistenza delle condizioni precisate dalla corte di cassazione.

Per quanto la norma espressamente non preveda la necessità di far precedere le stabilizzazioni dall'esperienza delle procedure di mobilità destinate alla ricollocazione del personale posto in disponibilità, (limitandosi a richiamare le disposizioni speciali in materia di mobilità di cui all'art. 1, 425° comma e 426°, della L. n. 190/2014 che hanno come destinatario il personale delle città metropolitane e delle province delle regioni a statuto ordinario) è evidente che le amministrazioni prima di avviare le procedure di cui all'art. 20, D.Lgs. n. 75/2017, che, nella sostanza rappresentano nuove assunzioni, saranno tenute ad attivare le procedure di cui all'art. 34 *bis* del D.Lgs. n. 165/2001, rischiando in mancanza di incorrere nel disposto del quinto comma dell'articolo richiamato secondo cui "le assunzioni effettuate in violazione del presente articolo sono nulle di diritto"²¹.

Seppure la riforma consentirà il superamento del preca-

¹⁸ Il quale così recita: "a decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, incluse le Agenzie fiscali di cui agli articoli 62, 63 e 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, gli enti pubblici non economici, le università e gli enti pubblici di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni e integrazioni, fermo quanto previsto dagli articoli 7, comma 6, e 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001 e successive modificazioni e n. 165, possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. Per le medesime amministrazioni la spesa per personale relativa a contratti di formazione lavoro, ad altri rapporti formativi, alla somministrazione di lavoro, nonché al lavoro accessorio di cui all'articolo 70, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni ed integrazioni, non può essere superiore al 50 per cento di quella sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. Le disposizioni di cui al presente comma costituiscono principi generali

ai fini del coordinamento della finanza pubblica ai quali si adeguano le regioni, le province autonome, e gli enti del Servizio sanitario nazionale".

¹⁹ Cfr. Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187, in *Lav. Giur.*, 2016, 882, con nota di Nunin, *Precariato scolastico: la Consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*, che, in riferimento al personale ATA della scuola, afferma l'applicazione della sola misura risarcitoria prevista dall'art. 1, 132° comma, L. n. 107/2015.

²⁰ Cass., 7 novembre 2016, n. 22552, in *www.dirittoscolastico.it*.

²¹ Cfr. Riccobono, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017, 238, che mette in evidenza la difficoltà di individuare un criterio ordinario di carattere generale, occorrendo, "in tali casi, la puntuale esternazione delle ragioni che abbiano indotto l'amministrazione a privilegiare l'uno o l'altro canale di accesso". In giurisprudenza v. Cons. St., 28 novembre 2014, n. 5903 e 14 luglio 2015, n. 3515, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui la mobilità prevale sulle sole procedure concorsuali, ma non rispetto alla stabilizzazione.

riato di contro lascerà in eredità un pubblica amministrazione non ringiovanita, trattandosi nella maggior parte dei casi di soggetti che vantano parecchi anni di anzianità lavorativa, con buona pace dell'obiettivo di medio/lungo pe-

riodo individuato nell'analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) e segnatamente consistente nel "ringiovanimento del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni"²².

Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia

Alessandro Bellavista

Il saggio analizza le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 75/2017 alla disciplina della contrattazione collettiva contenuta nel T.u.p.i. Vengono in particolare messi in evidenza i nuovi margini di intervento dell'autonomia collettiva rispetto al sistema delineato dalla "Riforma Brunetta", ancorché non tutte le nuove previsioni appaiano coperte dalla delega fornita con la L. n. 124/2015.

Premessa. Dalla riforma Brunetta alla riforma Madia

La recente riforma Madia interviene sugli spazi normativi della contrattazione collettiva e della partecipazione sindacale, nel lavoro pubblico, temperando il forte ostracismo contenuto dalla precedente riforma Brunetta¹. Va ricordato, infatti, che con quest'ultimo provvedimento, tra l'altro, il legislatore restringe l'area delle relazioni sindacali². Con ciò si esprime un giudizio fortemente negativo sul metodo bilaterale di regolazione degli interessi, adottato espressamente per la determinazione delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici, a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso. E così si assiste al ripristino della primazia della regolazione unilaterale che ha dominato, fin dalle origini, la normazione sul lavoro pubblico³.

Più precisamente, sia la L. delega n. 15/2009 sia il D.Lgs. n. 150/2009 mettono sostanzialmente sotto tutela la contrattazione collettiva ed avviano una profonda rilegificazione del rapporto di lavoro pubblico, insieme al rafforzamento (in realtà solo apparente⁴) dell'autonomia decisionale della dirigenza pubblica cercando di liberarla dai condizionamenti provenienti dalle organizzazioni sindacali⁵.

Infatti, già la L. n. 15/2009, con una disposizione immediatamente operativa, cambia la struttura del meccanismo che consente la deroga da parte del contratto collettivo successivo delle disposizioni di legge precedenti che dettano regole riservate ai lavoratori pubblici. Dopo la L. n. 15/2009, la deroga è ammessa solo se la legge lo consente espressamente. Inoltre, il D.Lgs. n. 150/2009 assoggetta alla esclusiva o parziale regolazione legislativa tutta una serie di materie relative al rapporto di lavoro e quindi "naturalmente" di competenza della contrattazione collettiva⁶.

In questo modo si esprime una sorta di fiducia nella legge e di completa sfiducia nelle capacità della contrattazione collettiva di garantire gli interessi pubblici coinvolti. Che poi la legge sia impermeabile alle pressioni degli interessi di parte, però, è sempre stato sconfessato da tutta la storia della regolazione del lavoro pubblico in Italia⁷.

Così, con la riforma Brunetta, la disciplina della contrattazione collettiva si allontana sempre di più dal modello del settore privato. Tuttavia, e questo rappresenta uno dei punti della riforma Brunetta che desta maggiori perplessità, il legislatore non interviene sugli aspetti problematici del rapporto politica-amministrazione, cercando di allentare la presa della politica sull'amministrazione. Infatti, al momento del varo di tale riforma, è già consolidata l'opinione che le cause del cattivo funzionamento del metodo contrattuale nelle pubbliche amministrazioni vadano ricercate principalmente nella mancanza nel datore di lavoro pubblico di una effettiva posizione di contrasto di interessi con la controparte sindacale. In realtà, il datore di lavoro pubblico (a qualunque livello negoziale, seppure con graduazioni differenti) tende ad assumere un atteggiamento troppo morbido e sovente collusivo con i sindacati e i lavoratori⁸.

Più precisamente, la contrattazione collettiva nazionale è stata sovente usata dal potere politico come strumento di acquisizione del consenso da parte delle grandi organizzazioni sindacali. D'altra parte, la gestione concreta della negoziazione a questo livello è rimasta, in sostanza, in mano allo stesso potere politico, che invece dovrebbe limitarsi ad agire (come comitato di settore) fornendo solo indirizzi allo specifico negoziatore pubblico, l'Aran, creato negli anni novanta proprio allo scopo di allontanare la politica dai

²² Sul punto v. Vettor, *Reclutamento e modernizzazione dell'impiego pubblico*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 583, secondo cui le disposizioni della L. n. 124/2015, sembrano inquadrarsi nella logica di voler "ringiovanire" e rendere più efficiente il pubblico impiego.

¹ Sulla cosiddetta riforma Brunetta cfr. L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009; F. Carinci-Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011; Napoli-Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013.

² Cfr. F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da Persiani-F. Carinci), II, Padova 2014, 981 e segg.

³ Cfr. Treu, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, 1 e segg.

⁴ Cfr. D'Orta, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2011, 407 e segg.

⁵ Cfr. Ricci, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, in F. Carinci-Persiani (diretto da), *Trattato*, cit., 1207 e segg.

⁶ Cfr. L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia*, cit., 29 e segg.

⁷ Cfr. Battini, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all'altra?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, 631 e segg.; D'Orta, *Legge quadro sul pubblico impiego e qualifiche funzionali sette anni dopo: una riforma "strabica"*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, 770 e segg.; Rusciano, *Sindacato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, 1554 e segg.

⁸ Cfr. Dell'Aringa, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, in Dell'Aringa-Della Rocca (a cura di), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Soveria Mannelli, 2007, 3 e segg.; Bordogna, *La contrattazione collettiva. Un nuovo equilibrio tra centralizzazione e decentramento?*, *ivi*, 63 e segg.

tavoli negoziali⁹. In realtà, l'esperienza dimostra che l'Aran è rimasta sfornita di poteri effettivi e pertanto è sempre un ostaggio della politica e delle organizzazioni sindacali¹⁰.

Come risulta dai dati disponibili, la contrattazione collettiva integrativa è stata la principale responsabile degli eccessivi incrementi della spesa pubblica che hanno giustificato il draconiano (ed eccessivo) intervento della riforma Brunetta¹¹. Comunque, è vero che il datore di lavoro pubblico è particolarmente fragile quando si trova a stretto contatto con i suoi dipendenti e quindi proprio al livello della contrattazione integrativa. Ciò dipende dalla circostanza che (nonostante il tanto retoricamente sbandierato principio di distinzione tra politica e amministrazione) la guida effettiva delle pubbliche amministrazioni è in mano agli organi politici che hanno il potere di scegliere i dirigenti da preporre agli uffici e soprattutto quello, ancora più discrezionale (se non del tutto arbitrario), di decidere se confermare o meno questi ultimi negli incarichi scaduti. E così i dirigenti, a causa della debolezza del loro statuto, sono precari e fidelizzati e quindi privi di una concreta autonomia operativa. Sicché, gli organi politici, nel governo delle pubbliche amministrazioni, mirano soprattutto alla realizzazione dei loro interessi elettorali e di pace sociale, trascurando quello della collettività all'imparzialità e al buon andamento dell'amministrazione¹².

Dopo la riforma Brunetta, il sistema contrattuale risulta centralizzato e il Governo, in vario modo, ha la possibilità di svolgere il ruolo di *dominus* in tutti i comparti di contrattazione. Il che favorisce inevitabilmente la concentrazione dello scambio politico nelle sedi governative, trascurando le esigenze di differenziazione che provengono dal variegato mondo delle pubbliche amministrazioni. Secondo questo disegno, la contrattazione collettiva nazionale deve muoversi solo nello spazio consentito dalla disciplina legale, per giunta correndo il rischio di perdere ogni possibilità innovativa, dovendo solo riempire le caselle già predefinite dal legislatore. Il novellato 1° comma dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001, infatti, afferma che "nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge".

Peraltro, l'annunciata ridefinizione dell'Aran si arresta a qualche lieve modifica della sua composizione, senza alcuna reale valorizzazione delle sue potenzialità di porsi come resistente barriera tecnica alle sollecitazioni politiche che dominano la negoziazione nel settore pubblico. I comitati di settore possono continuare, senza alcuna vera forma di responsabilità, a flirtare con le organizzazioni sindacali e a premere anche indebitamente sull'Aran, scaricando sugli organi di controllo (Governo e Corte dei conti) i risultati sgraditi ai lavoratori della contrattazione collettiva e vice-

versa assumendo i relativi meriti per quelli valutati positivamente. Il momento contrattuale di fatto più importante resta immune da un auspicabile intervento razionalizzante¹³. Infatti, è noto che, nel settore pubblico, diversamente da quello privato, le risorse disponibili per il rinnovo dei contratti sono note alla controparte sindacale ben prima dell'inizio delle trattative. E proprio sulla definizione dell'esatto ammontare di queste si è sempre svolta una vera e propria contrattazione informale che si colloca al di fuori di ogni quadro legale¹⁴.

Il ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva, inoltre, emerge nettamente se si tiene conto che il D.Lgs. n. 150/2009 contiene due innovazioni rivoluzionarie. In base alla prima, prevista dal nuovo art. 47 *bis*, D.Lgs. n. 165/2001, diventa possibile, una volta approvata la legge di stabilità e trascorsi sessanta giorni senza che siano rinnovati i contratti collettivi nazionali, per i comitati di settore dare il via libera, unilateralmente, all'erogazione degli incrementi previsti per il trattamento stipendiale. Ancora più rilevante è la seconda novità: secondo cui qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione del contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, anche qui unilateralmente, su tutte le materie oggetto del mancato accordo. Di fatto le due previsioni aumentano enormemente il potere delle pubbliche amministrazioni e rendono inutile la mediazione sindacale. Con ciò risulta profondamente alterato il sistema della contrattazione collettiva nel settore pubblico che da sempre s'è fondato sul principio dell'affidamento alla competenza riservata della contrattazione collettiva della determinazione del trattamento economico dei dipendenti pubblici: principio che, come s'è poc'anzi osservato, ha ispirato tutte le riforme del lavoro pubblico a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso. E in questo modo, invece di favorire la convergenza del sistema di relazioni sindacali nel settore pubblico con quello privato, il legislatore mira ad eliminare *ex abrupto* la deprecabile prassi della preventiva negoziazione sotterranea delle risorse per il finanziamento dei nuovi contratti.

Peraltro, la contrattazione integrativa risulta sottoposta al doppio cappio dei limiti legislativi e della contrattazione nazionale: limiti fortemente ampliati dal D.Lgs. n. 150/2009. Vero è che la riforma Brunetta cerca di valorizzare la funzione della contrattazione integrativa quale strumento di innovazione e di miglioramento dell'efficienza e della qualità dei servizi. Però, se tale risultato era stato raggiunto in minima parte, nel periodo precedente alla riforma Brunetta, ciò è dipeso, vale la pena ribadirlo, soprattutto dal fatto che la logica di gestione di gran parte delle amministrazioni pubbliche s'è dimostrata subalterna alle esigenze elettorali e clientelari dei vertici politici delle medesime amministrazioni. Come s'è già accennato, il datore di lavoro pubblico, per quanto privatizzato, assume modalità di com-

⁹ Cfr. Talamo, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2009, 504 e segg.

¹⁰ Cfr. Bordogna-Neri, *La regolazione del lavoro pubblico in Italia e Francia: convergenze e divergenze*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 485.

¹¹ Cfr. Talamo, *Gli interventi*, cit., 515 e segg.

¹² Cfr. D'Orta, *L'organizzazione*, cit., 435 e segg.

¹³ Cfr. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 9.

¹⁴ Cfr. Battini, *Le fonti*, cit., 636 e segg.; L. Zoppoli-Delfino, *La rappresentanza delle pubbliche amministrazioni*, in Persiani-F. Carinci (diretto da), *Trattato*, cit., 1033 e segg.; nonché volendo Bellavista, *Contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in Napoli-Garilli (a cura di), *La terza riforma*, cit., 377 e segg.

portamento molto lontane dalle dinamiche prevalenti nel settore privato. E questo è causato (non da una genetica colpa della contrattazione integrativa, bensì) dalla endemica debolezza della dirigenza (precarizzata e fidelizzata) nei confronti del potere politico al vertice delle amministrazioni. In sostanza, è mancato, e manca tuttora, nelle pubbliche amministrazioni un datore di lavoro serio e cioè un “vero” datore di lavoro¹⁵.

In sintesi, il D.Lgs. n. 150/2009 persegue la strada del rafforzamento del datore di lavoro pubblico esaltandone i poteri di decisione unilaterale. Fin da subito, però, s'è osservato che la valorizzazione del potere unilaterale delle pubbliche amministrazioni, senza incidere sulla prevalenza degli incentivi e dei vincoli di stampo politico a cui sono sottoposte e senza la garanzia di una loro effettiva responsabilizzazione quanto all'efficienza dei servizi offerti¹⁶, presenta il pericolo di produrre un effetto diverso da quello voluto¹⁷. Per avere una dimostrazione empirica di tale paventata distorsione è sufficiente, infatti, rievocare quanto accaduto nella lunga storia del lavoro pubblico prima dell'apertura alla contrattazione collettiva con la legislazione di settore della fine degli anni sessanta del secolo scorso, e quindi nel periodo in cui dominava la regolazione unilaterale. In effetti, ieri come oggi, seppure in un quadro giuridico formalmente mutato, sopravvive un contesto in cui gli organi politici orientano la gestione in funzione delle loro esigenze elettorali e la dirigenza non è in grado di sganciarsi da tale condizionamento. Ciò produce la conseguenza perversa che il metodo della regolazione unilaterale può contribuire ad esaltare il circuito vizioso dello scambio politico, ripristinare la vecchia strategia delle mance, nonché della cura e della salvaguardia degli interessi particolaristici e corporativi¹⁸.

Ad ogni modo, la riforma Brunetta della contrattazione collettiva nazionale non ha il tempo di entrare a regime, perché, com'è noto, sotto la spinta dell'esigenza di fronteggiare la forte crisi economica (esplosa nel 2007-2008 negli Stati Uniti e i cui effetti poi si sono diffusi a livello globale, benché il Governo italiano dell'epoca mostrò grande negligenza nel non adottare tempestivamente le opportune misure) il D.L. n. 78/2010 blocca i rinnovi dei contratti nazionali che erano tutti scaduti il 31 dicembre 2009¹⁹. La

sospensione della contrattazione collettiva è, ripetutamente, prorogata, con successivi interventi legislativi, fino a quando la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 178/2015, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta (per contrasto con l'art. 39 Cost.), a partire dalla data della pubblicazione della medesima sentenza sulla gazzetta ufficiale²⁰.

Così, il Governo è costretto ad avviare le procedure per il rinnovo dei contratti collettivi nazionali, che infatti al momento sono in corso. Peraltro, a partire dalla primavera del 2014, il governo Renzi elabora un ampio programma di riforma della pubblica amministrazione, prima anticipato nel D.L. n. 90/2014 (convertito dalla L. n. 114/2014)²¹ e poi confluito nella L. delega n. 124/2015. Nelle more dell'esercizio della parte della delega relativa al lavoro pubblico e alla dirigenza²², il 30 novembre 2016 è stipulato un accordo tra Governo e Cgil, Cisl e Uil proprio per fissare le linee che dovrebbero guidare il rinnovo dei contratti pubblici. Ma, inoltre, nello stesso accordo, il Governo assume l'impegno di alleggerire alcuni dei vincoli alla contrattazione collettiva introdotti dalla riforma Brunetta e di ripristinare il primato di questa fonte rispetto alla legge nella regolazione delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici²³.

È evidente che, riguardo a quest'ultimi due profili, l'accordo esalta al massimo livello lo scambio politico²⁴, e vede, un po' paradossalmente, un Governo, che aveva fino ad allora praticato la cosiddetta disintermediazione (basti pensare alla precedente elaborazione del *Jobs Act* avvenuta senza dialogo con le grandi organizzazioni di rappresentanza degli interessi), questa volta alla ricerca del consenso sindacale. Ciò probabilmente in vista dell'importante appuntamento referendario sulle modifiche costituzionali del successivo 4 dicembre. La grossa sconfitta referendaria determina le dimissioni del governo Renzi, ma il subentrato governo Gentiloni dà attuazione alla delega e vara il D.Lgs. n. 74/2017, che ha modificato il D.Lgs. n. 150/2009, e il D.Lgs. 75/2017, che ha novellato il D.Lgs. n. 165/2001.

In particolare qui si esaminano soprattutto le innovazioni relative alla disciplina legale della contrattazione collettiva nazionale e integrativa²⁵, limitandosi ad osservare, in via preliminare, che esistono fondati dubbi circa la conformità

¹⁵ Cfr. D'Orta, *L'organizzazione*, cit., 454 e segg.

¹⁶ Cfr. Bordogna, *La contrattazione collettiva*, cit., 87 e segg.

¹⁷ Cfr. Garilli-Bellavista, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, 17.

¹⁸ Cfr. Treu, *Struttura contrattuale e tendenze delle politiche rivendicative nel pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, 1112 e segg.

¹⁹ Cfr. Garilli, *Il tormentato percorso della privatizzazione*, in Napoli-Garilli (a cura di), *La terza riforma*, cit., 29 e segg.

²⁰ Cfr. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, 453 e segg.; L. Zoppoli, *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo ius novum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, 185 e segg.

²¹ Cfr. Boscati, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, 233 e segg.; Viscomi, *Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive*, *ivi*, 2014, 1 e segg.; Id., *La riforma dell'amministrazione*

del governo Renzi. Note brevi per un lettura del ddl 1577, *ivi*, 2014, 479 e segg.; Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, *ivi*, 2014, 461 e segg.

²² Sulla parte d'interesse lavoristico della L. n. 124/2015 cfr. Garilli, *Contrattazione e partecipazione nel nuovo assetto delle fonti di disciplina del lavoro nelle p.a.: quali prospettive dopo la terza riforma (e in attesa della quarta)?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 397 e segg.; e gli scritti di Barbieri, Bellavista, D'Auria, Realfonzo, Viscione, L. Zoppoli, Borgogelli, Garilli, Vettor, D'Onghia, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 473 e segg.

²³ Sulle ambiguità di tale accordo cfr. Garilli, *Breve storia di una riforma incompiuta*, ante.

²⁴ Difatti l'accordo è stato fortemente criticato dalla comunità dei dirigenti pubblici tra cui quelli che fanno capo all'associazione Nuova Etica Pubblica: cfr. *Relazioni sindacali nel pubblico impiego: un ritorno al passato*, in *www.eticapa.it*

²⁵ Su tutte le innovazioni a questo riguardo della riforma Madia, cfr. Boscati-Bianco, *Il sistema delle fonti e le novità della contrattazione*, in *La riforma del pubblico impiego e la valutazione*, Santarancangelo di Romagna, 2017, 15 e segg.

alla delega di tale intervento sulle competenze contrattuali²⁶. Va però sottolineato che la riforma Madia si muove in linea di perfetta continuità con le impostazioni seguite in tutti i precedenti tentativi di innovazione della pubblica amministrazione, tranne che in alcune stagioni troppo brevi. E cioè, il riformatore resta ostinato nel fare eccessivo affidamento sulle virtù taumaturgiche dell'intervento legislativo, trascurando la necessità di agire materialmente sulle effettive condizioni di contesto ed organizzative che ostacolano il cambiamento²⁷.

I rapporti tra legge e contrattazione collettiva

Anzitutto, la novella modifica il secondo periodo del 2° comma dell'art. 2, D.Lgs. n. 165/2001. Ora la disposizione afferma che "eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, 1° comma, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili". In questo modo, è ripristinato il principio della primazia della regolazione bilaterale delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici, capovolgendo l'impostazione della riforma Brunetta. Il legislatore ha cura di precisare che l'effetto derogatorio può riguardare anche normative precedenti all'entrata in vigore (il 22 giugno 2017) del D.Lgs. n. 75/2017. Probabilmente, il legislatore intende riferirsi alla disciplina speciale prodotta nell'arco temporale intercorrente dal momento di operatività dell'opposta previsione, inserita dalla L. n. 15/2009, fino appunto al 22 giugno 2017. Ciò non toglie che l'opinione prevalente, consolidatasi prima della riforma Brunetta, ha sempre ritenuto che la contrattazione collettiva sopravveniente potesse derogare la normativa unilaterale speciale ad essa antecedente a meno che questa non contenesse un'esplicita clausola di inderogabilità²⁸.

Beninteso, la potestà derogatoria della contrattazione collettiva non è illimitata. In primo luogo, nonostante il silenzio del nuovo secondo periodo del 2° comma dell'art. 2, D.Lgs. n. 165/2001, che non ha riprodotto la formula del testo precedente la riforma Brunetta, è logico ritenere che la legge futura possa sempre escludere, espressamente, la sua derogabilità da parte della contrattazione collettiva. Una diversa soluzione sarebbe inequivocabilmente contraria all'assetto costituzionale delle fonti. In particolare, parimenti inderogabili dalla contrattazione collettiva vanno ritenute anche tutte quelle discipline legislative speciali varate sia prima sia dopo la riforma Brunetta e contenenti la clausola della loro inderogabilità ad opera della contrattazione collettiva. Benché sia possibile sostenere, invece, che ora la contrattazione collettiva possa agire, nei confronti della legislazione passata, come se la clausola di inderoga-

bilità non esistesse²⁹, è più razionale pensare che la cancellazione di questa possa essere operata solo dalla legge, visto che l'inderogabilità è sempre posta dal legislatore a presidio di interessi pubblici superiori a quelli delle parti contrattuali.

Altri limiti alla potestà derogatoria, introdotti dalla novella, sono costituiti dalla precisazione che tale facoltà spetta ai "contratti o accordi collettivi nazionali", solo "nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, c. 1" D.Lgs. n. 165/2001, e "nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto". Si tratta di limiti a dir poco ovvi, ricavabili da una semplice esegesi del testo, ma probabilmente "politicamente" necessari in un contesto particolare (quello appunto della contrattazione collettiva del settore pubblico) in cui sovente s'è assistito al parto di clausole contrattuali apertamente in contrasto con principi costituzionali, con norme inderogabili di legge, e comunque antinomiche rispetto all'intero sistema regolativo delle competenze della contrattazione collettiva. Va spesa, però, qualche parola in più sulla barriera alla potestà derogatoria rappresentata dal perimetro disegnato dalle "materie affidate alla contrattazione collettiva". È evidente che il *range* della delegificazione dipenderà, in concreto, dal modo in cui i negoziatori interpreteranno lo spazio negoziale concesso dalla riforma Madia, che, come s'è già accennato, appare ampliato rispetto alla riforma Brunetta, ma, come si vedrà tra poco, non più di tanto.

La partecipazione sindacale

Secondo la nuova formulazione del 2° comma dell'art. 5, D.Lgs. n. 165/2001, "nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, c. 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previste nei contratti di cui all'art. 9".

Certo, a mo' di battuta, sembra lecito osservare che questa disposizione non riesce ad avere pace, poiché è stata modificata, di recente, non solo dalla riforma Brunetta, ma anche, di lì a poco, nel 2012 dal governo Monti. In base all'ultimo testo, la contrattazione collettiva nazionale poteva introdurre, quali forme di partecipazione sindacale, la sola informazione per le determinazioni organizzative e l'esame congiunto per le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro³⁰. Ora, il legislatore della riforma Madia innova l'assetto precedente abilitando la contrattazione collettiva a prevedere forme di partecipazione sindacale diverse dal solo diritto all'informazione, anche per quanto concerne le determinazioni organizzative.

Come si nota, questo è uno dei punti dove la riforma Madia riespande lo spazio negoziale. Ma va sottolineato

²⁶ Cfr. Garilli, *Breve storia*, cit.

²⁷ Cfr. Viscomi, *Lavoro pubblico: cose fatte, disfatte e da fare*, in *Lav. Pubb.Amm.*, 2015, 209 e segg.; Barbieri-Bellavista, *Una riforma senz'anima*, cit., 473 e segg.

²⁸ Cfr. D'Alessio-L. Zoppoli, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della L. n. 124/2015*, in *Astrid Rassegna*, 2017, 4.

²⁹ Cfr. Garilli, *Breve storia*, cit.; D'Alessio-L. Zoppoli, *Riforma*, cit., 5 e segg.

³⁰ Cfr. Garilli, *Contrattazione*, cit., 399 e segg.

che, anche oggi, quanto alle materie organizzative, la fonte collettiva nazionale può soltanto istituire procedure di partecipazione sindacale diverse dalla contrattazione e quindi non può assoggettare le suddette materie alla regolazione bilaterale, in nessuna sede contrattuale né nazionale né, a maggiore ragione, integrativa. Da un lato, ciò emerge chiaramente dal nuovo testo dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 che, seppure novellato, conferma l'inabilità regolativa della contrattazione collettiva su un vasto grappolo di materie, tra cui *in primis* quelle organizzative. Dall'altro lato, si esprimono nella stessa direzione le chiare parole dell'art. 5 dello stesso decreto che ribadiscono la blindatura dei poteri dirigenziali nei confronti delle invasioni della contrattazione collettiva, operata dalla riforma Brunetta.

Più precisamente, la novella si premura di confermare, seppure con qualche modifica formale rispetto al testo precedente, che "in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici" rientrano tra le "determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" che "sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione". Nella stessa linea si muove l'atto di indirizzo governativo del 6 luglio 2017, "per la riapertura dei tavoli di contrattazione", secondo cui "continuano ad essere vigenti quelle limitazioni, anch'esse introdotte dal D.Lgs. n. 150/2009, che sottraggono alla contrattazione collettiva le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro"; e che "a maggiore specificazione, continuano, pertanto, ad essere escluse dalla contrattazione collettiva materie quali l'articolazione dell'orario di lavoro, compresi turnazione e reperibilità, nonché l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici".

Da tutto ciò consegue che la futura contrattazione collettiva nazionale non potrà mai creare *ex novo* o rivitalizzare istituti partecipativi che surrettiziamente allargano l'area dell'ambito contrattabile, com'è, in realtà, accaduto in passato. Infatti, nella tornata contrattuale 1998-2001 apparve la cosiddetta concertazione che si risolveva di fatto (e talvolta anche *de iure*) in una forma di contrattazione mascherata, per giunta su materie spiccatamente organizzative. In tale modo veniva assoggettato ad un perverso regime cogestionale il nucleo centrale delle prerogative dirigenziali che avrebbero dovuto sempre rimanere nell'esclusiva disponibilità del dirigente. Sicché, le forme di partecipazione sindacale previste dai futuri contratti collettivi nazionali potranno assestarsi nell'ambito della consultazione e dell'esame congiunto.

D'altra parte, la scelta legislativa di allargare l'ambito della partecipazione sindacale è stata probabilmente indotta dalla volontà di permettere alla contrattazione collettiva nazionale di dare attuazione all'accordo sui requisiti minimi comuni di informazione e consultazione dei lavoratori pubblici del settore delle amministrazioni centrali, stipulato il 21 dicembre 2015 nell'ambito del Comitato di dialogo sociale per il settore delle amministrazioni centrali dell'Unione europea. La dottrina aveva tempestivamente segnalato l'importanza, quantomeno politica, di tale accordo, non nascondendo condivisibili dubbi sull'effettivo obbligo delle parti (e in special modo del Governo italiano) di darvi seguito in sede nazionale, stante l'attuale e complesso as-

setto dei rapporti tra contratti collettivi europei e diritto europeo e nazionale³¹. Tuttavia, l'opzione del Governo italiano è stata di fatto quella di abilitare la contrattazione collettiva nazionale ad operare un ampliamento della partecipazione sindacale in modo tale da consentirle di rispettare i principi del suddetto accordo. In effetti, il dianzi menzionato atto di indirizzo per la riapertura dei tavoli di contrattazione, del 6 luglio 2017, nella parte generale comune a tutti i comparti ed aree dirigenziali di contrattazione, riprende quasi letteralmente le parole dell'accordo, quando afferma che "anche in coerenza con le tendenze del dialogo sociale in atto a livello europeo: l'informazione deve essere data nei tempi, nei modi e nei contenuti adeguati atti a consentire alle parti sindacali di procedere ad una completa valutazione delle misure proposte; la consultazione deve essere organizzata nei tempi, nei modi e nei contenuti atti a consentire alle parti sindacali di esprimere un parere e quindi cercare di avere la possibilità di influenzare le misure proposte dall'amministrazione, sulla base delle informazioni fornite in merito alle stesse misure".

Le materie contrattabili

L'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001, risulta oggi interamente riscritto, seppure senza eccessive sostanziali novità.

In primo luogo, il nuovo primo periodo del 1° comma dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 afferma che "la contrattazione collettiva disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali e si svolge con le modalità previste dal presente decreto". Secondo la formulazione della riforma Brunetta, "la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali". Quest'ultima disposizione aveva stimolato esegesi fortemente divergenti³². In concreto non s'era posto alcun problema visto che il blocco della contrattazione collettiva impediva di darle applicazione. Ma era evidente che l'intenzione del legislatore di allora fosse quella di limitare lo spazio negoziale.

Oggi comunque è indubbio che la riforma Madia, in linea con gli impegni assunti dal Governo con l'accordo del 30 novembre 2016, esprime la volontà di allargare l'area consentita alla negoziazione rispetto alla previsione introdotta dalla riforma Brunetta, e ciò è chiaramente desumibile dal ritorno ad un testo simile a quello precedente a quest'ultimo intervento legislativo.

Tuttavia, va considerato che la novella riprende la formula della riforma Brunetta che circoscrive il perimetro negoziale in relazione ad alcune materie attinenti al rapporto di lavoro. Così, per il secondo periodo della disposizione in esame, "nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità, la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge". Si tratta, a ben vedere, di materie che sono state fortemente legificate non solo dalla riforma Brunetta, ma anche da interventi successivi, come la mobilità all'interno delle singole amministrazioni con il D.L. n. 90/2014 (convertito dalla L. n. 114/2014).

A questo proposito, il D.Lgs. n. 75/2017 modifica il com-

³¹ Cfr. Garilli, *Contrattazione*, cit., 408 e segg.

³² Cfr. Garilli, *Breve storia*, cit., antea.

ma 2.2 dell'art. 30, D.Lgs. n. 165/2001. L'enunciato ora afferma, al primo periodo, che "i contratti collettivi nazionali possono integrare le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dai commi 1 e 2". Queste ultime due disposizioni regolano, rispettivamente, la copertura di vacanze in organico attraverso il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse e il trasferimento d'ufficio del dipendente all'interno della stessa amministrazione o in altra amministrazione. Il secondo periodo del comma 2.2 riproduce letteralmente il testo inserito dal D.L. n. 90/2014, secondo cui "sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 1 e 2". È percepibile pertanto che, stante l'intensa legislazione operante in tale ambito, la contrattazione collettiva sia costretta a muoversi con particolare difficoltà per ritagliarsi un piccolo margine d'azione.

Nella nuova elencazione degli oggetti sui quali la contrattazione è consentita nei limiti previsti dalla legge è assente la materia delle progressioni economiche. Il che potrebbe fare pensare ad un recupero pieno di agibilità, in quest'ambito, della contrattazione collettiva³³. Ma non è così, perché è tuttora in vigore l'art. 23, D.Lgs. n. 150/2009 (sebbene in parte modificato dal D.Lgs. n. 74/2017) per il quale, in particolare, "le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti". E siffatta disposizione, in base all'art. 29, D.Lgs. n. 150/2009, ha "carattere imperativo" e non può essere derogata dalla contrattazione collettiva. Nemmeno è pensabile che l'art. 23, D.Lgs. n. 150/2009 rientri nell'operatività del meccanismo di cui al nuovo secondo periodo dell'art. 2, 2° comma, D.Lgs. n. 165/2001, poc'anzi esaminato, poiché, come s'è cercato di argomentare, sarebbe contraria ai principi elementari che governano il rapporto tra le fonti attribuzione, seppure da parte di una disposizione legislativa, alla contrattazione collettiva del potere generale di derogare anche a norme legali qualificate come inderogabili in via negoziale dallo stesso legislatore che le ha coniate. Sul piano pratico, comunque, il problema non dovrebbe porsi, poiché il potere derogatorio in questione spetta, in forza della disposizione anzidetta, solo ai contratti nazionali. Sicché, è molto difficile che, in sede di contrattazione nazionale, possano essere accolte le eventuali richieste sindacali volte a derogare ai principi della selettività e dell'attribuzione ad una quota limitata del personale delle progressioni economiche. Nonostante la sua debolezza, l'Aran non arriverebbe mai ad accettare soluzioni siffatte. In effetti, l'esperienza della contrattazione collettiva precedente alla riforma Brunetta insegna che è stata la contrattazione integrativa a consentire progressioni economiche di massa, insieme a fare un uso estremamente disinvolto di altri istituti rimessi a tale livello.

Inoltre, il nuovo testo dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 riproduce l'elenco (già introdotto dalla riforma Brunetta) delle materie non negoziabili. Infatti, il terzo periodo della disposizione afferma che "sono escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art.

9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli artt. 5, 2° comma, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'art. 2, c. 1, lettera c), della l. 23 ottobre 1992, n. 421". Nella nuova previsione non v'è più la formula "in particolare" che nel testo precedente era collocata tra le parole "sono" ed "escluse". Il che non sembra comportare alcuna novità sostanziale oltre a quanto fin qui detto. In effetti, il campo di azione della contrattazione collettiva è quello desumibile dall'interpretazione coordinata degli artt. 5, 9 e 40, D.Lgs. n. 165/2001 e da tutte le altre disposizioni di quest'ultimo decreto e del D.Lgs. n. 150/2009 che rinviano alla potestà regolatoria della fonte collettiva. Ciò induce a ritenere sempre possibile individuare, in via ermeneutica e a seguito della provocazione dei casi concreti, altre materie (diverse da quelle espressamente menzionate) o frammenti di esse che non sono negoziabili.

Le determinazioni unilaterali e le deroghe alla riserva di contrattazione collettiva

Come s'è osservato in premessa, uno degli aspetti più rilevanti della riforma Brunetta, quanto alle relazioni sindacali, è stata l'introduzione di deroghe al principio della riserva di contrattazione collettiva in materia di trattamento economico sia a livello nazionale sia a livello integrativo. Quanto alla contrattazione nazionale, la deroga, prevista dall'art. 47 *bis*, D.Lgs. n. 165/2001, non ha mai avuto occasione di essere applicata, a causa del già citato blocco della contrattazione nazionale. Stante l'attuale riapertura della negoziazione, si vedrà se talvolta la medesima sarà utilizzata, visto che essa non è stata toccata dalla riforma Madia.

Analoga facoltà di procedere in via unilaterale, con una cosiddetta determinazione provvisoria, è stata concessa, dal comma 3° *ter* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 alla singola amministrazione in caso di stallo della contrattazione integrativa. Questa disposizione concede alla parte pubblica l'enorme potere di prescindere dal consenso sindacale e di regolare unilateralmente le materie demandate alla competenza contrattuale e soprattutto di erogare il trattamento accessorio con criteri fissati anche questi unilateralmente. Ciò soprattutto qualora le pretese delle organizzazioni sindacali appaiono non condivisibili o eccessive rispetto ai canoni organizzativi. V'è chi osserva che questo strumento è stato utilizzato in misura assai ridotta da parte delle amministrazioni³⁴. Tuttavia, non bisogna trascurare che le norme giuridiche hanno anche effetti latenti e cioè non immediatamente visibili. È molto probabile, infatti, che, in molti casi, la mera eventualità che l'amministrazione potesse avvalersi del suddetto strumento abbia indotto le organizzazioni sindacali ad addivenire a più miti consigli e a sottoscrivere contratti integrativi non graditi, pur di non perdere *audience* presso i lavoratori. D'altra parte, l'orientamento prevalente della (seppure limitata) giurisprudenza ha quasi sempre avallato l'uso del potere unilaterale di regolamentazione provvisoria da parte delle amministrazioni³⁵. Beninteso, a seguito dell'accordo del 30 novembre

³³ Cfr. Boscati-Bianco, *Il sistema delle fonti*, cit., 24.

³⁴ Cfr. Boscati-Bianco, *Il sistema delle fonti*, cit., 22, che fanno riferimento ai dati contenuti nel rapporto predisposto dall'Aran, *Mo-*

nitoraggio della contrattazione integrativa. Anno 2015, 12.

³⁵ Cfr. Viscomi, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in

2016, la disposizione è stata novellata, con una più accurata procedimentalizzazione della determinazione unilaterale e con la previsione di un sistema di monitoraggio a livello nazionale.

Perciò, il nuovo primo periodo del suddetto comma 3^o *ter* afferma che “nel caso in cui non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto integrativo, qualora il protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede tra le parti, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione e prosegue le trattative al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo”. Resta pertanto indiscusso il fatto che spetta alla sola amministrazione la valutazione se siano o meno integrati i presupposti che consentono di procedere in via unilaterale. Il secondo periodo dell'enunciato conferma quanto già previsto dal testo precedente e cioè che “agli atti adottati unilateralmente si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'art. 40-*bis*”.

Una reale novità rispetto al testo precedente è che il terzo periodo della medesima disposizione sancisce che “i contratti collettivi nazionali possono individuare un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata, decorso il quale l'amministrazione interessata può in ogni caso provvedere”. Bisognerà vedere come sarà sfruttata quest'occasione regolativa, anche se è facile pensare che le organizzazioni sindacali tenderanno a dilatare al massimo tale termine, in modo da favorire lo svolgimento di trattative anche estenuanti pur di evitare la soluzione unilaterale. Inoltre, la novella non ha ripreso la previsione, contenuta nell'accordo del 30 novembre 2016, secondo cui “i contratti nazionali determineranno la durata massima della vigenza dell'atto unilaterale”. È dubbio, pertanto, se in assenza di un'apposita autorizzazione legale, i contratti collettivi possano stabilire siffatta durata, poiché, in questo modo, limiterebbero una potestà organizzativa *lato sensu* concessa dal legislatore alle singole amministrazioni. Comunque, è logico ritenere che la durata della regolamentazione provvisoria sia ancorata al periodo di disponibilità dei fondi per la contrattazione integrativa che, in genere, vanno ridefiniti ogni dodici mesi.

In base al quarto periodo della nuova disposizione, “è istituito presso l'Aran, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, un osservatorio a composizione paritetica con il compito di monitorare i casi e le modalità con cui ciascuna amministrazione adotta gli atti di cui al primo periodo”. E aggiunge il successivo quinto periodo che “l'osservatorio verifica che tali atti siano adeguatamente motivati in ordine alla sussistenza del pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa”. Infine, l'ultimo periodo della stessa disposizione precisa, con una formula ormai di rito, “ai componenti non spettano compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi di spesa comunque denominati”. Apprezzabile è sicuramente l'intenzione della

novella di approntare un organismo che vigili sul corretto uso di questo strumento da parte delle singole amministrazioni. Ma, se si tiene conto della realtà effettuale delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni, forse la preoccupazione del legislatore appare un po' eccessiva. La creazione di un organismo di monitoraggio *ad hoc* sembra presupporre che le amministrazioni pubbliche ormai adottino strategie thatcheriane e decisioniste nella gestione delle relazioni sindacali.

Invero, come s'è già accennato, la prassi insegna che la contrattazione decentrata è sempre stata condizionata ed usata dal potere politico più come strumento di acquisizione del consenso che come metodo per il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione organizzativa. E le cose non sono affatto cambiate anche dopo la riforma Brunetta che voleva modificare le abitudini e i comportamenti fortemente consociativi (e spesso collusivi), prevalenti nelle amministrazioni pubbliche, favorendo la responsabilizzazione degli attori negoziali e la reciproca distinzione dei ruoli. La sopravvivenza sostanziale del tanto deprecato regime cogestionale e quindi del completo fallimento della riforma Brunetta è dimostrata dal fatto che, dopo di essa e nonostante le sue draconiane previsioni, s'è spesso assistito alla stipulazione di contratti integrativi “fuorilegge”³⁶. Sicché, in un clima del genere è logico ritenere che lo strumento unilaterale in questione, visto che di per sé è antitetico alla logica della ricerca del consenso ad ogni costo, sarà sempre usato solo come *ultima ratio* e quindi molto raramente.

I vincoli alla contrattazione integrativa e nazionale

È stato altresì novellato, seppure non del tutto, il comma 3^o *bis* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001. Il secondo periodo dell'enunciato mantiene ferma la finalizzazione retorica, già risalente alla riforma Brunetta, secondo cui “la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della *performance*”; ma ora precisa che ciò deve avvenire “destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti accessori comunque denominati ai sensi dell'art. 45, c. 3”. Nel testo precedente l'anzidetta quota prevalente andava riservata al solo trattamento collegato alla *performance* individuale. Con la novella, in sostanza, si stempera un po' la rigidità del modello di incentivazione imposto dall'alto alle singole amministrazioni e si ripristina un minimo di autonomia delle scelte manageriali. Però, è anche vero che la norma della riforma Brunetta mirava ad evitare che alla produttività individuale fossero attribuite risorse scarse ed ora, invece, diventa possibile destinare la suddetta quota in modo totale o quasi alla sola *performance* organizzativa. Peraltro, la novella inserisce il successivo periodo della disposizione, secondo cui “la predetta quota è collegata alle risorse variabili determinate per l'anno di riferimento”. Il che fa sì

Lav. Pubb. Amm., 2013, 266 e segg.; Trib. Verona, decreto 21 aprile 2011, a quanto costa inedita.

³⁶ Cfr. Talamo, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto*

ragionevole), in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 330/2017, 18 e segg., che si basa sui dati del poc'anzi citato rapporto dell'Aran, *Monitoraggio*, cit., 13 e segg.

che il calcolo della quota con siffatto vincolo di destinazione vada operato solo sulla parte variabile dei fondi per la contrattazione integrativa e non sull'intero.

La riforma Madia, come s'è visto, non abbandona affatto l'abitudine del legislatore di finalizzare la contrattazione collettiva ad obiettivi d'interesse pubblico. È ovvio che tale vincolo di scopo incide sul solo attore pubblico³⁷, senza alcuna possibilità di pensare che ciò possa influenzare la validità o l'efficacia del contratto collettivo. Così, si giudica incapace lo stesso negoziatore pubblico di considerare tali scopi già impliciti nella sua logica d'azione o di perseguirli sulla sola base dell'atto di indirizzo proveniente dall'organo di governo o dal relativo comitato di settore.

In questa direzione, inoltre, si muovono alcune disposizioni introdotte *ex novo* dalla riforma Madia. La prima è il comma 4° *bis* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 secondo cui "i contratti collettivi nazionali di lavoro devono prevedere apposite clausole che impediscono incrementi della consistenza complessiva delle risorse destinate ai trattamenti economici accessori, nei casi in cui i dati sulle assenze, a livello di amministrazione o di sede di contrattazione integrativa, rilevati a consuntivo, evidenzino, anche con riferimento alla concentrazione in determinati periodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza o, comunque, in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, significativi scostamenti rispetto ai dati medi annuali nazionali o di settore". È evidente lo scopo dell'enunciato di disincentivare l'assenteismo attraverso una sorta di sanzione collettiva che opera nei confronti di tutto il personale, impedendo il possibile incremento dei fondi per il trattamento accessorio qualora si verificano i presupposti da esso stabiliti. Tuttavia, l'istituto appare di difficile implementazione. Basti pensare alla questione di quali tipologie di assenze debbano essere computate, oppure alla determinazione dei menzionati "significativi scostamenti", che implica la costruzione di un complesso sistema di monitoraggio. Inoltre, l'aspetto più complicato attiene alla precisa fissazione di quali incrementi non potranno operare una volta accertati tali "significativi scostamenti". La difficoltà di attuare tale istituto è stata, probabilmente, percepita dallo stesso Governo che (nel più volte citato atto di indirizzo del 6 luglio 2017) non prende in considerazione tale previsione e si limita genericamente a richiamare, tra gli obiettivi dell'intesa del 30 novembre 2016, il "miglioramento della qualità dei servizi e della produttività del lavoro, da perseguire attraverso una pluralità di strumenti (tra i quali... misure contrattuali che incentivino più elevati tassi medi di presenza)". In effetti, sembra più praticabile e fruttuoso, nella lotta contro l'assenteismo, mirare ad incentivare la presenza e la partecipazione dei dipendenti agli obiettivi organizzativi, con un'apposita strategia premiale sia sul piano economico sia su quello dell'agevolazione della carriera. Invece, un po' troppo ispirato ad un modello disciplinare antiquato e da caserma è l'istituto in esame che danneggia lavoratori del tutto incolpevoli solo perché si trovano a convivere con colleghi assenteisti.

Altra nuova disposizione dirigenza è quella di cui al comma 4° *ter* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001, secondo cui "al

fine di semplificare la gestione amministrativa dei fondi destinati alla contrattazione integrativa e di consentirne un utilizzo più funzionale ad obiettivi di valorizzazione del personale, nonché di miglioramento della produttività e della qualità dei servizi, la contrattazione collettiva nazionale provvede al riordino, alla razionalizzazione e alla semplificazione delle discipline in materia di dotazione ed utilizzo dei fondi destinati alla contrattazione integrativa". *Vaste programme*, direbbe il generale de Gaulle! La previsione è tanto ovvia e scontata, da chiedersi quale possa essere il motivo per cui essa, invece, costituisce oggetto di un enunciato legislativo; quando, al massimo, avrebbe potuto essere contenuta in una direttiva all'Aran. In realtà, l'esperienza insegna che la costruzione di un edificio così complesso (a dir poco una vera e propria torre di Babele), come quello degli attuali meccanismi di costituzione ed utilizzazione dei suddetti fondi, è stata condivisa dal negoziatore pubblico che, a causa della sua debolezza, ha così favorito, di fatto, l'anarchia finanziaria e regolativa della contrattazione integrativa. Inoltre, l'eterodirezione della contrattazione collettiva continua con il 1° comma, dell'art. 23, D.Lgs. n. 75/2017, secondo cui "al fine di perseguire la progressiva armonizzazione dei trattamenti economici accessori del personale delle amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, D.Lgs. n. 165/2001, la contrattazione collettiva nazionale opera, tenuto conto delle risorse di cui al comma 2, la graduale convergenza dei medesimi trattamenti anche mediante la differenziata distribuzione, distintamente per il personale dirigenziale e non dirigenziale, delle risorse finanziarie destinate all'incremento dei fondi per la contrattazione integrativa di ciascuna amministrazione". Anche questa previsione avrebbe potuto essere contenuta solo nella direttiva all'Aran. Inoltre, il 2° comma dell'art. 23, D.Lgs. n. 75/2017, fissa il tetto dei fondi per il trattamento accessorio a decorrere dal 1° gennaio 2017; e, nei commi successivi, disciplina, in via sperimentale, un macchinoso apparato attraverso il quale, le regioni e le città Metropolitane, rispettando le condizioni ivi sancite, possono "incrementare, oltre il limite di cui al c. 2, l'ammontare della componente variabile dei fondi per la contrattazione integrativa destinata al personale in servizio presso i predetti enti".

Valutazione e contrattazione collettiva

Estremamente importante è la modifica (effettuata dal D. Lgs. n. 74/2017) dell'art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, che, nella versione originaria, prevedeva (come un risultato obbligato del sistema di valutazione) la collocazione del personale in tre categorie di merito allo scopo di assegnare, in modo diversificato, i premi per la produttività individuale. L'enunciato perseguiva, seppure in maniera errata, la condivisibile finalità di bloccare la risalente prassi della distribuzione a pioggia e quindi indifferenziata delle risorse disponibili. Con ciò si precostituiva a monte un effetto del sistema di valutazione e si trascurava l'idea della possibilità che, in un'amministrazione effettivamente virtuosa, tutto il personale potesse meritare il massimo della premialità. Co-

³⁷ Cfr. Cass., 14 luglio 2015, n. 14689, Sez. un., in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, II, 629 e segg., con nota di Bellavista, *La Cassazione nega la*

responsabilità dei rappresentanti sindacali per il cosiddetto danno da contrattazione collettiva.

munque, la disposizione non è mai stata di fatto operativa, perché congelata (in prima battuta, sul piano spiccatamente politico) da un'intesa tra Governo e sindacati del 4 febbraio 2011, poi recepita dal D.Lgs. n. 141/2011.

Ora, il nuovo testo dell'art. 19, D.Lgs. 150/2009 afferma che "il contratto collettivo nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance ai sensi dell'art. 40, c. 3-bis, D.Lgs. n. 165/2001, stabilisce la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la performance organizzativa e quella individuale e fissa criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'art. 9, c. 1, lettera d), corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati". La prima parte della disposizione si collega al già esaminato comma 3° bis dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 che impone al contratto integrativo di destinare la quota prevalente delle risorse per il trattamento economico accessorio all'incentivazione della performance organizzativa e individuale. E ciò deve avvenire, in base alla prima parte del nuovo art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, osservando i criteri sanciti dal contratto collettivo nazionale. La seconda parte del novellato art. 19, D.Lgs. n. 150/2009 affida al contratto collettivo nazionale la fissazione di criteri adeguati ad assicurare la corrispondenza tra valutazioni individuali differenziate e diversificazione dei trattamenti economici connessi.

Come si vede, qui il legislatore concede al contratto collettivo nazionale una fortissima apertura di credito quanto alla costruzione di un sistema di valutazione fondato sulla effettiva valorizzazione del merito: merito che non è detto che debba essere solo di tipo spiccatamente individuale, ma può anche essere misurato a livello di gruppo e/o di ufficio. Tuttavia, i primi commentatori allo schema di decreto, ben a conoscenza delle "imprevedibili dinamiche contrattuali", hanno sottolineato, a ragione, che "la nuova regola non garantisce, però, in alcun modo che effettivamente si correggeranno prassi di valutazione in cui spesso si determinano situazioni di eccessivo appiattimento". Sicché, essi consigliavano al legislatore (all'atto del varo della versione finale del decreto) di "inserire una norma finale in base alla quale il Dipartimento della funzione pubblica, ove necessario di concerto con il sistema delle autonomie locali, sentito anche l'Aran, possa determinare alcuni parametri, anche articolati per amministrazioni, di differenziazione delle valutazioni, cui correlare i trattamenti economici specifici; se quei parametri non vengono riscontrati, comunque si potrebbe vietare l'erogazione delle relative quote di salario accessorio"³⁸.

È da segnalare che il D.Lgs. n. 75/2017 abroga il comma 3° quater dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 che assegnava alla contrattazione collettiva nazionale la definizione delle modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione integrativa sulla base della graduatoria di *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, ela-

borata annualmente dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche. Questa Commissione (cosiddetta Civit), prevista dalla versione originaria della riforma Brunetta, è stata poi trasformata nell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), ma le suddette funzioni di valutazione sono state trasferite al Dipartimento della funzione pubblica con il D.L. n. 90/2014 (convertito in L. n. 114/2014). In tutti questi anni, quanto previsto dal comma 3° quater è stato del tutto inapplicato. E ciò è sicuramente disdicevole, perché l'avvio di un processo di valutazione, volto a definire (e pubblicizzare) una graduatoria di *performance* di tutte le amministrazioni pubbliche, compresi gli enti territoriali, avrebbe fornito ai cittadini-elettori chiari parametri di giudizio circa l'effettiva capacità di governo dei responsabili politici e amministrativi degli enti pubblici di loro riferimento.

La sanatoria della contrattazione integrativa illegittima

Il D.Lgs. n. 75/2017, da un lato, novella l'ultima parte del comma 3° *quinquies* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 ed introduce una disposizione più articolata della precedente concernente la cosiddetta sanatoria della contrattazione integrativa illegittima; dall'altro, modifica il D.L. n. 16/2014 (convertito dalla L. n. 68/2014) che aveva regolato la suddetta sanatoria per gli enti territoriali³⁹. È evidente che tale disciplina si dimostra estremamente farraginoso, e sarebbe un fuor d'opera occuparsene nell'equilibrio di questo scritto.

Va sottolineato, però, che tale complessità dipende soprattutto dal fatto che il legislatore si trova costretto a conciliare le opposte esigenze di venire incontro alle richieste delle amministrazioni pubbliche di evitare giudizi contabili e, al tempo stesso, di garantire che i vincoli finanziari alla contrattazione integrativa siano in qualche modo rispettati, almeno nel lungo periodo. Al di là del ricorso alle procedure di sanatoria, peraltro, resta tuttora controverso, con pareri discordanti tra le varie giurisdizioni competenti in materia, se le amministrazioni debbano o meno recuperare le somme indebitamente erogate anche sui singoli dipendenti⁴⁰.

A ben vedere, sarebbe opportuna una riflessione più ampia sulle varie forme e cause di sfondamento dei vincoli finanziari da parte della contrattazione integrativa. Qui è sufficiente osservare che andrebbero introdotti effettivi sistemi di monitoraggio tali da consentire di accertare se le spese eccessive siano state realmente giustificate per realizzare incrementi dell'efficienza amministrativa e del livello di soddisfazione dei cittadini-utenti oppure se si siano ridotte a mere elargizioni pecuniarie per acquisire il consenso di sindacati e lavoratori. Fatto ciò, dovrebbero essere ben diverse le misure conseguenti: alquanto morbide, se non premiali, nel primo caso; duramente sanzionatorie nel secondo. Ma questa è veramente un'altra storia.

³⁸ Cfr. D'Alessio-L. Zoppoli, *Riforma*, cit., 17.

³⁹ Cfr. Bianco, *Gli effetti immediati: dirigenza, fondo, sanatoria della contrattazione decentrata, concorsi interni e stabilizzazioni*, in

La riforma, cit., 64 e segg.

⁴⁰ Cfr. Boscati, *La politica*, cit., 253 e segg. e 265 e segg.; Talamo, *Relazioni collettive*, cit., 20 e segg.

Incompatibilità ed incarichi

Massimiliano Marinelli

Dopo un breve riepilogo della disciplina in materia di incompatibilità e conferimento di incarichi, viene esposta la nuova disciplina in materia di obblighi di comunicazione degli stessi in capo alle amministrazioni pubbliche.

Le regole generali in tema di incompatibilità

L'art. 8 del D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 ha modificato in modo marginale l'art. 53 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ed ha mantenuto inalterata la disciplina sostanziale delle attività del dipendente pubblico estranee al suo rapporto di lavoro. Ha invece inciso in modo significativo sulla disciplina del conferimento e dell'autorizzazione degli incarichi retribuiti.

Viene pertanto confermata la vigenza degli artt. 60 e seguenti del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, nonché la regolamentazione specifica di cui al D.P.C.M. 17 marzo 1989, n. 118, ed alle successive leggi speciali, in tema di rapporto di lavoro a tempo parziale¹.

Le norme citate limitano, in misura assai superiore a quanto accade per il lavoratore privato, la possibilità di svolgere attività lavorative ulteriori, rispetto a quella oggetto del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

Tali disposizioni si fondano sull'art. 98 Cost., secondo il quale i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione, ed hanno lo scopo di assicurare l'imparzialità, l'efficienza ed il buon andamento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost.².

Il dipendente di pubbliche amministrazioni non può dunque essere titolare di un altro rapporto di lavoro, sia esso pubblico o privato³. Ferma restando la responsabilità disciplinare per tale violazione, il dipendente che sia stato diffidato a cessare da tale situazione, e che non ottemperi entro quindici giorni, decade automaticamente dal rapporto di lavoro⁴.

Il dipendente pubblico non può inoltre esercitare attività commerciale o imprenditoriale⁵, né direttamente, né come amministratore di società aventi fine di lucro⁶. Gli è infine normalmente vietato – salvo quanto si dirà oltre – lo svolgimento di attività libero professionali⁷.

La disciplina degli incarichi retribuiti

Fermi restando i superiori divieti, l'art. 53, 6° comma del

D.Lgs. n. 165/2001 consente di attribuire ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche degli incarichi retribuiti, intesi come quelle attività, anche occasionali, non comprese tra i compiti ed i doveri di ufficio, per le quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso.

Questi possono essere svolti soltanto se siano stati conferiti dall'amministrazione di appartenenza, ovvero da questa autorizzati in via preventiva⁸. Parimenti, le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici ed i soggetti privati, possono affidare incarichi retribuiti ai dipendenti di altre amministrazioni, soltanto ove questi siano stati preventivamente autorizzati.

L'autorizzazione deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza, o dal soggetto che intende conferire l'incarico (sia esso pubblico o privato), ovvero dallo stesso dipendente interessato. L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi sulla richiesta entro trenta giorni, decorsi i quali si configura un'ipotesi di silenzio assenso per le richieste provenienti da amministrazioni pubbliche, e di silenzio diniego per quelle relative ad incarichi da svolgersi presso soggetti diversi da queste⁹.

Prima di procedere all'autorizzazione, l'amministrazione di appartenenza del lavoratore deve verificare che l'incarico non comporti situazioni, anche solo potenziali, di conflitto di interessi (ed in questo caso ovviamente è tenuta a rigettare la domanda).

L'inosservanza del divieto – e dunque lo svolgimento di attività priva di autorizzazione, anche se non in conflitto di interessi – costituisce innanzitutto un illecito disciplinare, sia per il dipendente che svolga l'incarico senza autorizzazione, sia per il funzionario dell'amministrazione conferente che non abbia verificato la sussistenza di questa. Nei loro confronti trovano applicazione le sanzioni previste dalla contrattazione collettiva, graduate in relazione alla gravità dell'inadempimento.

La legge prevede poi, come ulteriore sanzione, che la somma dovuta come compenso per le attività svolte, senza preventiva autorizzazione, debba essere versata – dal sog-

¹ Cfr. P. Virga, *Il pubblico impiego*, III ed., Milano, 1991, 194 e segg.; Voza, *Il lavoro a tempo parziale ed il regime delle incompatibilità*, in Carabelli-Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2007, 129 e segg.

² Cfr. da ultimo T.A.R. Reggio Calabria, 14 marzo 2017, n. 195, in *Foro Amm.*, 2017, 778 e segg.

³ Cfr. Cass., Sez. lav., 12 aprile 2010, n. 8642, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 2347 sulla peculiare situazione dei dipendenti degli enti locali. Peraltro la sola violazione del predetto divieto non costituisce necessariamente giusta causa di licenziamento, in quanto occorre comunque tenere conto "dell'impegno di tempo profuso nell'altra attività, della durata di questa, delle responsabilità rivestite, del grado di danno o di pericolo causato all'azienda, agli utenti o ai terzi, nonché della sussistenza di precedenti disciplinari" (cfr. Cass., Sez. lav., 25 giugno 2015, n. 13158, in *Foro It.*, 2015, I, 3531, con nota di Perrino).

⁴ Cfr. Cass., 12 ottobre 2012, n. 17437, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 903 e segg.

⁵ Cfr. fra molte Cons. Stato, 23 marzo 2017, n. 1317, in *Foro Amm.*, 2017, 555 e segg.

⁶ Cfr. A. Perrino, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 2004, 365, e la giurisprudenza ivi citata.

⁷ Cfr. A. Perrino, *Il rapporto di lavoro*, cit., 367. In giurisprudenza da ultimo Corte conti reg. sez. giur., 25 ottobre 2007, n. 818, in *Riv. Corte Conti*, 2007, 156 e segg.

⁸ Cfr. Cass., Sez. lav., 8 luglio 2011, n. 15098.

⁹ Per il personale che presta servizio presso amministrazioni pubbliche diverse da quella di appartenenza, l'autorizzazione è subordinata all'intesa tra le due amministrazioni, per cui il diniego da parte di una sola esclude che il dipendente possa svolgere l'incarico. Tuttavia qualora l'amministrazione di appartenenza si pronunci entro il termine previsto (45 giorni), e l'amministrazione presso la quale il dipendente lavora non si pronuncia entro dieci giorni dalla richiesta di intesa, questa non è necessaria, e basta il solo consenso dell'amministrazione di appartenenza.

getto obbligato al pagamento, o in mancanza dallo stesso dipendente pubblico inadempiente¹⁰ – nel bilancio dell'amministrazione cui il dipendente appartiene, per essere destinato all'incremento dei fondi di produttività, ovvero a fondi equivalenti. La giurisdizione sulle relative controversie tra l'amministrazione ed il dipendente appartiene al giudice ordinario¹¹, ferma restando la responsabilità erariale del dipendente indebita percettore¹².

Per gli enti pubblici economici, e per i soggetti privati che abbiano attribuito incarichi retribuiti ai dipendenti pubblici, in assenza di autorizzazione della loro amministrazione di appartenenza, è prevista poi l'applicazione di una sanzione amministrativa, di importo pari al doppio degli emolumenti corrisposti¹³.

Il comma 16° *ter* dell'art. 53 vieta infine agli ex dipendenti pubblici, che negli ultimi tre anni di servizio abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di impiego, qualsiasi tipo di attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri.

La disposizione assume, in via di presunzione assoluta, l'esistenza di un conflitto di interessi, i cui effetti si protraggono anche oltre la cessazione del rapporto di lavoro. Gli atti negoziali che violino la predetta norma imperativa sono nulli, con conseguente obbligo dell'ex dipendente di restituire quanto percepito, in deroga al principio generale di cui all'art. 2126, 1° comma, c.c.¹⁴.

Inoltre, ai soggetti privati che li abbiano sottoscritti o assunti è vietato, per un triennio, di contrattare con qualsiasi amministrazione pubblica.

La disciplina sopra sintetizzata non trova applicazione ai dipendenti pubblici che intrattengono con l'amministrazione un contratto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento, ai docenti universitari in regime di tempo definito e ad alle altre categorie di lavoratori pubblici, ai quali disposizioni speciali consentano lo svolgimento di attività professionale¹⁵.

Sono poi esclusi dalla predetta disciplina autorizzatoria: le attività di collaborazione editoriale; l'utilizzazione economica di opere dell'ingegno ed invenzioni industriali; la partecipazione a convegni o seminari (anche se a titolo oneroso); gli incarichi per cui è previsto il solo rimborso delle spese documentate; quelli per i quali il lavoratore è posto in posizione di aspettativa, comando o fuori ruolo; gli incarichi attribuiti dalle organizzazioni sindacali ai dipendenti in aspettativa non retribuita, o distaccati presso di esse; le attività di formazione dirette ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

Per i magistrati è prevista una disciplina più rigida, in quanto ogni tipo di incarico, anche se appartenente al pre-

detto elenco, deve essere oggetto di specifica autorizzazione da parte del Consiglio Superiore della Magistratura¹⁶.

Le novità in tema di comunicazione del conferimento degli incarichi

Ove l'attribuzione dell'incarico sia avvenuta regolarmente, entro quindici giorni dal pagamento del compenso, i soggetti che lo abbiano attribuito (non importa se pubblici o privati) ne comunicano l'ammontare all'amministrazione di appartenenza del dipendente. La sanzione amministrativa originariamente prevista per l'omessa comunicazione è stata ritenuta costituzionalmente illegittima, in quanto non riconducibile a criteri o principi contenuti nelle varie leggi delega, e comunque in contrasto con i principi di proporzionalità ed adeguatezza¹⁷.

Le amministrazioni sono inoltre tenute a comunicare al Dipartimento della funzione pubblica gli incarichi (siano essi a titolo oneroso o a titolo gratuito), conferiti o autorizzati ai loro dipendenti, entro il termine di quindici giorni, indicando l'oggetto dell'incarico, ed il compenso, ove questo sia previsto.

La riforma semplifica gli adempimenti sopra indicati, sopprimendo l'obbligo di accompagnare la comunicazione con una relazione (che nessuno avrebbe mai letto) in cui era previsto venissero indicate le norme su cui si fondava l'attribuzione o il conferimento dell'incarico, le ragioni dell'attribuzione o del conferimento, i criteri per la scelta dei dipendenti cui autorizzare o conferire lo svolgimento degli incarichi, la loro rispondenza ai principi di buon andamento dell'amministrazione, e le misure da adottare per il contenimento della spesa.

È stato altresì eliminato l'obbligo di comunicare, entro il trenta giugno di ogni anno, anche l'assenza di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni, o il loro non conferimento.

La norma ha poi modificato il 13° comma dell'art. 53, complicando l'adempimento dell'obbligo di ciascuna amministrazione di comunicare al Dipartimento della funzione pubblica, per ciascuno dei propri dipendenti, ogni singolo incarico conferito o autorizzato, i compensi da esse pagati, nonché le erogazioni di cui abbiano avuto comunicazione dai soggetti che hanno attribuito gli incarichi. Mentre la precedente versione prevedeva un termine annuale fisso, per cui l'amministrazione interessata poteva procedere ad un'unica comunicazione, comprensiva di tutti i dati richiesti, l'attuale formulazione della norma impone che la comunicazione sia tempestiva, senza ulteriori specificazioni.

Non si può dunque adempiere mediante una sola comunicazione onnicomprensiva, inviata annualmente. Le amministrazioni devono invece trasmetterne una per ciascun di-

¹⁰ Cfr. T.A.R. Lecce, 3 marzo 2016, n. 427, in *Foro Amm.*, 2016, 751, secondo il quale l'obbligo di versare le somme dovute ricade sull'ente erogante solo se l'importo gravi su fondi nella disponibilità del soggetto conferente, mentre se le somme sono già state percepite dal dipendente pubblico, questi è il solo obbligato al pagamento.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. un., 28 settembre 2016, n. 19072.

¹² Cfr. Corte dei conti, 25 novembre 2014, n. 216, in *Ragiusan*, 387.

¹³ Cfr. Cass., Sez. lav., 14 dicembre 2016, n. 25752.

¹⁴ Cfr. Campanella, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, Milano, 2013.

¹⁵ L'attività di avvocato è ammessa per i professori universitari a tempo definito, e per i docenti delle scuole statali, ma non per altri dipendenti pubblici a tempo parziale, ai sensi degli artt. 1 e 2 della L. 25 novembre 2003, n. 339. Cfr. Cass., Sez. un., 6 dicembre 2010, n. 24689.

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. un., 28 novembre 2017, n. 24669.

¹⁷ Cfr. Corte cost. 5 giugno 2015, n. 98, in *Giur. Cost.*, 2015, 820.

pendente, o gruppo di dipendenti, per cui abbiano avuto cognizione delle predette informazioni, entro un lasso di tempo breve.

Questo potrebbe essere individuato per analogia in quello previsto per la pubblicazione dei dati di cui all'art. 15, commi 1° e 2° del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (tre mesi). Invero, va rilevato che la norma in esame viene integrata, in conseguenza della modifica introdotta al 14° comma dell'art. 53, con quanto previsto dagli artt. 15 e 18 del predetto decreto legislativo. In particolare, “tempestivamente”, ma comunque entro il termine appena indicato (tre mesi) le amministrazioni devono inviare al Dipartimento della funzione pubblica i dati che ai sensi delle predette disposizioni devono essere oggetto di pubblicazione.

Pertanto, va comunicato innanzitutto l'elenco degli incarichi conferiti o autorizzati ai propri dipendenti, con l'indicazione della durata e del compenso per ciascun incarico, come previsto dall'art. 18 del D.Lgs. n. 33/2013.

Dato però che i dati in questione devono riguardare “tutti gli incarichi conferiti o autorizzati a qualsiasi titolo”, l'amministrazione deve inviare al Dipartimento della fun-

zione pubblica anche tutte le informazioni (indicate dall'art. 13 del D.Lgs. n. 33/2013 come riferite ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza) che devono essere oggetto altresì di pubblicazione ed aggiornamento, e dunque: gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; il *curriculum vitae* dell'interessato (e dunque anche del dipendente cui sia stato conferito un incarico esterno); i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regionale o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; i compensi discendenti dall'incarico conferito o autorizzato, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato.

L'art. 13 dispone che il mancato adempimento dell'obbligo di pubblicazione determina l'inefficacia dell'atto, ed impedisce la liquidazione del relativo compenso. Tale regola non vale però per il diverso obbligo di comunicazione al Dipartimento della Funzione pubblica.

L'adempimento degli obblighi di pubblicazione e comunicazione viene sanzionato dal divieto di affidamento di nuovi incarichi, fino a quando non abbiano ottemperato.

Il procedimento disciplinare

Massimiliano Marinelli

Il legislatore ha semplificato l'istituto, riconducendo la competenza in materia in via quasi esclusiva all'ufficio procedimenti disciplinari, e regolando in modo meno stringente i tempi per la conclusione della procedura. Il sistema rimane però caratterizzato da un elevato formalismo, e dalla previsione in linea generale della nullità per le sanzioni applicate in violazione delle regole procedurali, dettate anche a tutela del diritto alla difesa del dipendente pubblico.

Le regole fondamentali del procedimento disciplinare

Con gli artt. da 12 a 17 del D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75, il legislatore ha inteso porre rimedio ad alcuni difetti del funzionamento del procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche¹.

La riforma conferma la diffidenza nei confronti delle fonti regolative diverse dalla legge². In particolare, il comma 9 *bis* dell'art. 55 *bis* del D.Lgs. n. 165/2011, introdotto dalla riforma, dispone la nullità non soltanto delle clausole del contratto collettivo, ma anche delle norme regolamentari, o di qualsiasi altra disposizione unilaterale dell'amministrazione, che introducano regole formali o procedurali ulteriori rispetto a quelle contenute nella legge, o che “comunque aggravino il procedimento disciplinare”.

La natura imperativa della disciplina legale in materia, espressamente prevista anche in precedenza, avrebbe dovuto già portare a questa conclusione. Tuttavia, la disposizione non soltanto vieta alla contrattazione collettiva di intervenire in merito – a differenza di quanto accadeva

prima della riforma del 2009 – ma addirittura esclude che la pubblica amministrazione possa introdurre regole diverse da quelle volute dal legislatore, con ciò confermando la volontà di ricondurre l'intera regolamentazione del procedimento in via tendenzialmente esclusiva alla fonte legale.

Il procedimento disciplinare si caratterizza, anche dopo la riforma del 2017, per un sovraccarico normativo, accompagnato dalla previsione della decadenza dall'esercizio del potere disciplinare, in caso di violazione delle disposizioni che lo regolano³. Peraltro, la qualificazione delle norme procedurali come disposizioni imperative avrebbe dovuto in ogni caso determinare la nullità dei provvedimenti assunti in loro violazione⁴. Tuttavia, come si vedrà oltre, il legislatore ha temperato le rigidità formali in materia, codificando alcuni orientamenti meno restrittivi, già emersi in giurisprudenza⁵, che permetteranno di ridurre i casi di sanzioni disciplinari annullate per vizi procedurali.

Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si caratterizza per la regola della obbligatorietà dell'azione

¹ Cfr. Bavaro, *Il potere disciplinare*, in Carabelli-M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, 216 e segg.; Ravelli, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in Napoli-Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo ed autoritarismo*, Padova, 2013, 479 e segg.

² Cfr. F. Carinci, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 451 e segg.; Caruso, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, 235 e segg.

³ Cfr. Cass., Sez. lav., 30 settembre 2009, n. 20981; Cass., Sez. lav., 25 luglio 2011, n. 16190, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, 591; Cass., Sez. lav., 15 settembre 2016, n. 18128, tutte relative alla nullità di sanzioni applicate da un soggetto diverso dall'ufficio procedimenti disciplinari.

⁴ In questo senso tra molte Cass., Sez. lav., 26 novembre 2015, n. 24157, in *Foro It.*, 2016, I, 550; Cass., Sez. lav., 4 dicembre 2015, n. 24731.

⁵ Cfr. Cass., Sez. lav., 26 agosto 2015, n. 17153, in *Foro It.*, 2015, I, 3084.

disciplinare⁶. Questa si ricava dall'art. 55 *sexies* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che nella sua nuova formulazione punisce con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione, fino ad un massimo di tre mesi, i dipendenti che omettano o ritardino, senza giustificato motivo, il compimento di atti del procedimento disciplinare (così determinando la decadenza dall'azione).

La stessa sanzione è prevista qualora tali soggetti valutino, in modo manifestamente irragionevole, l'insussistenza dell'illecito, in ordine a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare. È invece previsto il licenziamento disciplinare, qualora la violazione del predetto obbligo sia commessa con dolo o colpa grave.

È egualmente motivo di licenziamento la mancata attivazione del procedimento disciplinare, ovvero l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, nei confronti dei lavoratori responsabili di falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza o mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze.

Nei confronti dei dirigenti, o dei titolari di funzioni o incarichi dirigenziali, il predetto comportamento costituisce altresì oggetto di valutazione ai fini della responsabilità dirigenziale.

La riforma del 2017 ha poi chiarito che, per costituire illecito disciplinare, la violazione delle norme in materia procedimentale, contenute negli artt. 55 e segg. del D. Lgs. n. 165/2001, deve essere dolosa o colposa. A tale conclusione peraltro si poteva arrivare anche in assenza di tale precisazione, dato che non potrebbe essere oggetto di sanzione un comportamento incolpevole da parte del dipendente⁷.

La responsabilità civile del dirigente, in caso di decisioni in sede disciplinare che risultino successivamente errate, viene limitata dall'art. 55 *sexies*, 4° comma, D.Lgs. n. 165/2001 ai soli casi di dolo o colpa grave⁸.

A fondamento della disciplina – assoggetta interamente a regole di tipo privatistico, con conseguente esclusione delle regole sul procedimento amministrativo⁹ – permangono i principi di predeterminazione dei comportamenti punibili¹⁰, e di proporzionalità tra l'infrazione e la successiva sanzione¹¹.

La riforma ha aggiunto un comma 2° *bis* all'art. 63 del D. Lgs. n. 165/2001, che conferma innanzitutto l'annullabilità della sanzione disciplinare non proporzionata al comportamento accertato. La disposizione però attribuisce al Giu-

dice – come peraltro ammesso anche nel rapporto di lavoro alle dipendenze di soggetti privati – il potere di convertire la sanzione in una di minore gravità, valutando il comportamento del dipendente alla luce delle previsioni legali e contrattuali che ne regolamentino l'operato, e tenuto conto della gravità di questo, e dello specifico interesse pubblico violato.

Nel settore privato si ritiene che il predetto potere debba essere armonizzato con il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ai sensi dell'art. 112 c.p.c. Pertanto, la conversione della sanzione impugnata in una di minore gravità sarebbe ammessa soltanto su espressa domanda di una delle parti¹².

L'introduzione della predetta norma speciale – che altrimenti si tradurrebbe in un'inutile ripetizione di regole già esistenti – induce a ritenere che il potere in questione sia stato attribuito al Giudice, indipendentemente dalle richieste avanzate dal lavoratore o dalla pubblica amministrazione, ed in deroga al predetto principio. Viene dunque ritenuto prevalente dal legislatore l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, al cui fine è orientato l'esercizio del potere disciplinare¹³, per cui si esclude che un comportamento comunque illecito possa sfuggire alla potestà sanzionatoria, per il solo motivo della violazione del principio di proporzionalità.

La nuova ripartizione delle competenze in materia disciplinare

La riforma ha sostanzialmente eliminato la complessa articolazione della tipologia di procedimenti disciplinari, prevista dalla disciplina previgente. In particolare, il responsabile della struttura in cui presta la sua opera il dipendente che commetta l'illecito – e che prima della riforma poteva applicare le sanzioni disciplinari fino a dieci giorni di sospensione dal servizio e dalla retribuzione – può sanzionare esclusivamente i comportamenti punibili con il rimprovero verbale. A tale fine, è tenuto a rispettare soltanto la disciplina dei contratti collettivi di comparto, e non invece il procedimento regolato dal D.Lgs. n. 165/2001.

Per tutte le altre ipotesi, la competenza ad applicare la sanzione disciplinare è attribuita esclusivamente all'ufficio procedimenti disciplinari¹⁴, che può assumere composizione collegiale o unipersonale¹⁵. L'individuazione dell'ufficio, anche già esistente, cui è attribuita tale competenza,

⁶ Cfr. Mainardi, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, 2010, 2717 e segg. In giurisprudenza da ultimo Cass., 4 aprile 2017, n. 8722, secondo la quale il predetto principio esclude che l'inerzia del datore di lavoro possa fare sorgere un legittimo affidamento sulla liceità della condotta.

⁷ Cfr. Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, 111 e segg.

⁸ Cfr. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dirigente pubblico*, in Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 2009, 414 e segg.

⁹ Cfr. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2002, 448 e segg. In giurisprudenza Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2016, n. 21032, che ha per tale ragione ritenuto applicabile, agli atti assunti da un componente supplente dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, la possibilità di una successiva ratifica da parte dell'ufficio stesso.

¹⁰ Cfr. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*,

cit., 113 e segg.

¹¹ Cfr. Montuschi, *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, 1996, 155 e segg.

¹² Cfr. Cass., Sez. lav., 25 maggio 1995, n. 5753, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 473, con nota di Nogler, *Sulla proporzionalità del licenziamento disciplinare e sulla sua conversione in sanzione conservativa*; Cass., Sez. lav., 13 aprile 2007, n. 8910, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 885, con nota di Ghirardi, *Il Giudice può applicare una sanzione disciplinare meno grave di quella irrogata, se vi presta consenso il datore di lavoro convenuto*.

¹³ Mette in evidenza la tendenza a valorizzare l'esercizio del potere disciplinare dal parte del dirigente Mattarella, *La "Riforma Brunetta" del lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, I, 34 e segg.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. lav., 4 dicembre 2013, n. 27128, in *Ragiusan*, 2014, 357; Cass., Sez. lav., 11 ottobre 2016, n. 20429; Cass., Sez. lav., 21 marzo 2017, n. 7177, in *Foro It.*, 2017, I, 1170.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. lav., 12 giugno 2015, n. 12245.

è obbligatoria presso tutte le amministrazioni, che ne devono altresì prevedere la titolarità e la responsabilità¹⁶. Ove l'ufficio assuma composizione collegiale, l'attività istruttoria può essere svolta anche solo da uno dei componenti¹⁷, ma le determinazioni conclusive devono essere assunte con la partecipazione dell'intero ufficio, a pena di nullità della sanzione¹⁸.

Permane una disciplina speciale in materia di personale ATA del comparto scuola, per il quale il dirigente scolastico può applicare le sanzioni disciplinari, fino alla sospensione dal servizio e dalla retribuzione per dieci giorni.

Dalla competenza esclusiva dell'ufficio procedimenti disciplinari, discende il divieto di ingerenza nella sua attività, da parte di soggetti esterni. La giurisprudenza sul punto ha adottato un'interpretazione non rigida, prevedendo che la partecipazione al procedimento di estranei non determini l'invalidità dell'atto conclusivo, qualora non vi sia stato un loro concorso effettivo alla formazione della volontà dell'ufficio¹⁹. Il provvedimento adottato è invece nullo, qualora parti rilevanti della procedura siano state svolte da soggetti incompetenti.

L'art. 55 *sexies*, 3° comma, D.Lgs. n. 165/2001, nella sua nuova formulazione, impone alle amministrazioni di individuare, in via preventiva, il titolare dell'azione disciplinare per le infrazioni commesse da "soggetti responsabili" dell'ufficio per i procedimenti disciplinari. Il riferimento a "soggetti responsabili" al plurale, fa ritenere che tale speciale disposizione trovi applicazione in tutti i casi nei quali l'illecito disciplinare sia commesso da uno dei soggetti chiamati ad esercitare il potere disciplinare, tramite la formazione della volontà dell'ufficio stesso.

L'amministrazione potrebbe in questo caso attribuire la titolarità di tale azione ad un diverso ufficio al proprio interno, ovvero mantenerla in capo allo stesso ufficio provvedimenti disciplinari, in una composizione che ne escluda coloro nei cui confronti si procede. A tale fine si può prevedere una composizione dell'ufficio che includa anche soggetti supplenti, chiamati allo svolgimento delle relative funzioni in caso di assenza, impedimento o conflitto di interessi dei soggetti titolari.

Il nuovo 3° comma dell'art. 55 *bis* consente alle amministrazioni di regolare, mediante convenzione, la "gestione unificata delle funzioni" degli uffici per i procedimenti disciplinari. Benché l'espressione non sia particolarmente limpida, si deve ritenere che le amministrazioni, mediante un atto formale, possano istituire un ufficio procedimenti disciplinari comune, che assuma la competenza per l'adozione dei relativi procedimenti, nei confronti di tutti i lavoratori appartenenti alle amministrazioni stesse.

Ciò comporta che, soprattutto nel caso di ufficio unipersonale – ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza – il dipendente di un'amministrazione potrebbe essere chiamato ad esercitare il potere disciplinare nei confronti di un lavoratore appartenente ad un diverso ente.

Tale soluzione consente di risolvere il problema della individuazione dell'ufficio competente, in comparti nei quali vi sono enti che hanno un ridotto numero di dipendenti, con conseguente difficoltà di attribuire tali funzioni a soggetti già chiamati a svolgere compiti numerosi e diversi, e che prestano la loro opera a stretto contatto con i dipendenti sottoposti al procedimento disciplinare.

Le nuove regole del procedimento

Il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente è tenuto a segnalare i fatti ritenuti rilevanti dal punto di vista disciplinare, commessi dai propri dipendenti, entro il termine massimo di dieci giorni dalla loro conoscenza. Fanno eccezione i comportamenti punibili con il solo rimprovero verbale, per i quali l'ufficio procedimenti disciplinari non ha come detto alcuna competenza. La mancata o ritardata segnalazione integra a sua volta un comportamento rilevante dal punto di vista disciplinare, nei termini indicati in precedenza.

L'ufficio in questione è tenuto a contestare per iscritto al dipendente i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della segnalazione, o dal momento in cui ne abbia avuto altrimenti piena conoscenza. L'avvio del procedimento non dipende dunque necessariamente dalla segnalazione del responsabile della struttura, ma dalla conoscenza che l'ufficio abbia comunque acquisito di fatti di rilevanza disciplinare, perché ad esempio comunicati da un soggetto diverso da quello istituzionalmente tenuto ad effettuare la segnalazione.

Ciò potrebbe accadere soprattutto fatti che non siano stati accertati dal responsabile della struttura, ma che l'amministrazione sottopone comunque al proprio ufficio procedimenti disciplinari, ove ne sia altrimenti venuta a conoscenza (ad esempio tramite una segnalazione dell'Autorità Penale).

La nuova formulazione dell'art. 55 *bis*, 5° comma, D.Lgs. n. 165/2001 amplia le possibili forme di trasmissione degli atti del procedimento. La contestazione può avvenire innanzitutto – così come previsto dalla disciplina previgente – tramite posta elettronica certificata, consegna a mano, o raccomandata con avviso di ricevimento. Per le successive comunicazioni, oltre alle predette forme, è consentito sia l'uso di un fax, che sia stato indicato dal dipendente²⁰ o dal suo difensore, sia l'utilizzo di un indirizzo di posta elettronica non certificata. È però opportuno che l'amministrazione utilizzi forme di comunicazione, che consentano di dimostrare facilmente la data dell'avvenuta consegna dell'atto, al fine di provare il rispetto dei termini per lo svolgimento del procedimento.

Oltre alla precisa indicazione dei fatti che ne costituiscono oggetto, la contestazione deve contenere la convocazione del lavoratore, per l'audizione difensiva in contraddittorio, nel corso della quale egli potrà essere assistito da un

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. lav., 4 novembre 2016, n. 22847, che non richiede l'istituzione *ex novo* di tale ufficio, né l'espressa previsione della competenza in materia disciplinare, ritenendo sufficiente l'attribuzione, in modo chiaro ed univoco, della gestione del personale.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. lav., 26 aprile 2016, n. 8245, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2016, II, 241.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. lav., 26 novembre 2015, n. 24157, cit.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. lav., 9 dicembre 2015, n. 24828; Cass., Sez. lav., 7 giugno 2016, n. 11632, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2016, II, 551 e segg.

²⁰ Cfr. De Simone, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato. Tomo II. Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento* (a cura di Perulli), Torino, 2007, 317 e segg. In materia di contestazione nel lavoro pubblico cfr. da ultimo Cass., Sez. lav., 20 marzo 2017, n. 7134.

procuratore ovvero da un rappresentante sindacale. Il dipendente può accedere agli atti del procedimento disciplinare, ed estrarne copia, secondo le regole ordinarie dell'accesso agli atti delle amministrazioni pubbliche.

Fa eccezione l'ipotesi in cui il procedimento discenda da una segnalazione di illeciti da parte di un altro pubblico dipendente, che l'art. 54 *bis* del D.Lgs. n. 165/2001 sottrae alle regole sul diritto di accesso²¹.

Il dipendente può in ogni caso depositare memorie scritte a propria difesa, e, nel caso di grave impedimento, richiedere per una sola volta il differimento dell'audizione²². L'accoglimento di tale richiesta determina il prolungamento del termine per concludere il procedimento disciplinare, in misura pari al numero di giorni intercorrenti tra la precedente convocazione, e la nuova data.

L'ufficio procedimenti disciplinari può acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti ai fini della definizione del procedimento. Tale attività non determina però né la sospensione della procedura, né tantomeno il differimento dei termini per la sua conclusione.

All'esito del procedimento disciplinare, l'ufficio ne dispone l'archiviazione, o applica la sanzione proporzionata al comportamento ritenuto sussistente.

Ove la sanzione applicata sia un licenziamento, questo dovrà essere motivato, in applicazione dell'art. 2, 2° comma, L. 15 luglio 1966, n. 604.

L'obbligo di motivazione non è espressamente previsto per le sanzioni conservative, ma si ricava comunque dalla previsione dell'art. 55 *ter* del D.Lgs. n. 165/2001. Tale norma, come meglio si vedrà oltre, permette la sospensione del procedimento disciplinare in pendenza di un procedimento penale per gli stessi fatti, qualora l'ufficio non disponga di elementi sufficienti per "motivare" l'applicazione della sanzione.

Per l'archiviazione del procedimento non è prevista l'adozione di un'espressa motivazione. Tuttavia, come detto, le "valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare" costituiscono, per i componenti dell'ufficio procedimenti disciplinari, un comportamento sanzionabile. Per ridurre il rischio di incorrere nella predetta responsabilità, questi dovranno dunque motivare in modo accurato l'eventuale archiviazione, al fine di non incorrere nel vizio di irragionevolezza (che non sussisterebbe in caso di provvedimento motivato in modo coerente con le risultanze del procedimento).

La disciplina previgente distingueva tra i procedimenti avviati dal responsabile della struttura, che dovevano concludersi entro sessanta giorni dalla contestazione, e quelli di competenza dell'ufficio procedimenti disciplinari, da definirsi entro centoventi giorni dalla cognizione del fatto da parte dell'amministrazione²³.

La riforma ha invece previsto che tutti i procedimenti disciplinari debbano concludersi entro centoventi giorni,

che decorrono però dal momento della contestazione, e non da quello in cui l'amministrazione abbia avuto conoscenza dei fatti (così allungando i tempi entro cui l'ufficio deve pronunciarsi).

Gli atti del procedimento disciplinare (avvio e conclusione di esso, ed eventuale provvedimento di sospensione cautelare) devono essere comunicati in via telematica dall'ufficio procedimenti disciplinari all'Ispettorato per la funzione pubblica, indicando il dipendente con un codice, al fine di tutelarne la riservatezza. Tale comunicazione consente una costante verifica dell'attività sanzionatoria della pubblica amministrazione.

I termini per la conclusione del procedimento disciplinare

Gli atti adottati in violazione delle norme procedurali, qualificate dal legislatore come inderogabili, avrebbero dovuto essere considerati nulli, ai sensi degli artt. 1418, 1° comma e 1324 c.c. Il nuovo comma 9° *ter* dell'art. 55 *bis* del D.Lgs. n. 165/2001 introduce però, come consentito peraltro dallo stesso art. 1418 c.c., una regolamentazione parzialmente diversa.

Infatti, soltanto la violazione del termine per la contestazione dell'addebito, e per la conclusione del procedimento, determina la nullità della sanzione applicata. Il mancato rispetto degli altri termini (ad esempio di quello per la segnalazione all'ufficio procedimenti disciplinari da parte del responsabile della struttura²⁴, o del termine per la convocazione a difesa dell'incolpato²⁵), o delle regole sullo svolgimento del procedimento (ad esempio l'omessa convocazione del dipendente per la difesa in contraddittorio²⁶, o la mancata concessione di un differimento in caso di grave inadempimento del lavoratore), non determinano automaticamente la decadenza dall'azione disciplinare, né l'invalidità della sanzione. Queste sono previste soltanto qualora la contestazione, al di là del mancato rispetto del termine, non possa considerarsi tempestiva, tenuto conto però della complessità dell'attività necessaria all'accertamento dei fatti, e purché non sia stato irrimediabilmente compromesso il diritto alla difesa del lavoratore²⁷.

Pertanto, ove la contestazione sia comunque intervenuta entro un termine tale da non pregiudicare il diritto alla difesa del lavoratore, ovvero questi abbia comunque potuto illustrare compiutamente le proprie ragioni, il provvedimento disciplinare eventualmente applicato rimarrà valido. Il decorso del tempo non può però costituire manifestazione implicita della rinuncia all'esercizio del potere disciplinare, in quanto l'esercizio di questo è sottratto alla discrezionalità dell'amministrazione.

Trasferimento ad altra amministrazione e cessazione del rapporto di lavoro

Il nuovo 8° comma dell'art. 55 *bis* del D.Lgs. n. 165/2001 ha disciplinato in modo più articolato il caso in cui il di-

²¹ Cfr. M.T. Carinci, *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" Int* - 106/2014.

²² Cfr. Cass., Sez. lav., 11 luglio 2016, n. 14106.

²³ Cfr. Cass., Sez. lav., 14 ottobre 2015, n. 20733.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. lav., 26 agosto 2015, n. 17153, cit.

²⁵ In questo senso, riguardo alla disciplina previgente, si era già

espressa Cass., 22 agosto 2016, n. 17245.

²⁶ Così, già prima della riforma del 2017, Cass., Sez. lav., 1 luglio 2016, n. 14106, in *Lav. pubbl. Amm.*, 2016, II, 551.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. lav., 10 agosto 2016, n. 16900, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2016, II, 552.

pendente sia trasferito ad un'amministrazione diversa da quella presso la quale era in servizio al momento della commissione dell'illecito.

In particolare, ove il procedimento non fosse stato ancora avviato, l'ufficio procedimenti disciplinari dell'amministrazione di destinazione è competente per il suo svolgimento e la sua conclusione. L'amministrazione di provenienza è tenuta a segnalare a tale ufficio, entro il termine di venti giorni, eventuali fatti di cui essa sia venuta a conoscenza successivamente al trasferimento. Da tale comunicazione decorre poi il termine ordinario per la contestazione dell'addebito al dipendente.

Se invece il trasferimento del dipendente interviene durante un procedimento disciplinare, l'ufficio competente presso l'amministrazione di provenienza trasmette tempestivamente tali atti al corrispondente ufficio dell'amministrazione di destinazione. Il procedimento disciplinare viene in questo caso interrotto, con conseguente azzeramento dei termini già decorsi.

Qualora l'ufficio procedimenti disciplinari dell'amministrazione di provenienza, dopo avere ricevuto la segnalazione, non avesse ancora proceduto alla contestazione, spetta al corrispondente ufficio dell'amministrazione di destinazione procedere alla contestazione, nel termine di trenta giorni della ricezione degli atti. Se invece il procedimento disciplinare fosse stato già avviato, dalla ricezione degli atti trasmessi decorrono ulteriori centoventi giorni, entro i quali l'ufficio della nuova amministrazione deve concludere il procedimento.

La cessazione del rapporto di lavoro durante il procedimento disciplinare, per qualsiasi ipotesi – e non solo per le dimissioni del lavoratore, come previsto dalla vecchia formulazione del 9° comma dell'art. 55 *bis* – ne determina l'estinzione.

Fa eccezione il caso in cui il lavoratore sia stato sottoposto alla misura della sospensione cautelare del servizio, o per l'infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento. L'ufficio procedimenti disciplinari è infatti tenuto a valutare comunque la sussistenza della responsabilità disciplinare del lavoratore, ai fini degli effetti giuridici ed economici non preclusi dalla cessazione del rapporto.

In via esemplificativa, dall'archiviazione o meno del procedimento discende il sorgere dell'eventuale diritto del lavoratore a percepire la retribuzione in misura intera per il periodo di sospensione. L'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento potrebbe invece precludere la partecipazione ad altri concorsi presso le pubbliche amministrazioni.

Il rapporto tra procedimento disciplinare procedimento penale dopo la Riforma

La riforma non ha modificato il principio dell'indipendenza tra il procedimento disciplinare e l'eventuale procedimento penale, avviato per fatti in tutto o in parte coincidenti²⁸.

Tuttavia, per le infrazioni cui sia astrattamente applica-

bile una sanzione superiore alla sospensione dal servizio e dalla retribuzione fino a dieci giorni, l'ufficio per i procedimenti disciplinari può sospendere il procedimento disciplinare, in attesa dell'esito del giudizio penale. Ciò però soltanto nel caso in cui l'accertamento del fatto addebitato al dipendente sia particolarmente complesso, e dall'istruttoria svolta dall'ufficio non siano emersi elementi sufficienti per motivare l'applicazione della sanzione.

Tale sospensione però non deve necessariamente permanere fino alla definizione del procedimento penale con una sentenza passata in giudicato. Infatti, il nuovo testo del 1° comma dell'art. 55 *ter* del D.Lgs. n. 165/2001 consente la riattivazione del procedimento, qualora l'ufficio acquisisca elementi nuovi, che consentano di decidere in ordine all'applicazione o meno di una sanzione disciplinare, compresa una sentenza non definitiva. Le amministrazioni dunque potranno anche non attendere il passaggio in giudicato dell'eventuale condanna, qualora ritengano di potere sufficientemente fondare e motivare l'applicazione di una sanzione disciplinare, già all'esito di un primo giudizio parziale²⁹.

La riforma non è invece intervenuta per le ipotesi nelle quali il procedimento disciplinare e quello penale abbiano avuto esiti diversi.

Se al lavoratore sia stata applicata una sanzione disciplinare per un fatto per cui sia stato sottoposto anche ad un procedimento penale, ed egli sia stato poi assolto perché il fatto non sussiste, non è stato commesso dall'imputato, o non costituisce illecito penale, entro il termine di decadenza di sei mesi dal momento in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, può chiedere la riapertura del procedimento.

L'ufficio procedimenti disciplinari potrà confermare o modificare le proprie conclusioni, ma va rammentato che, ai sensi dell'art. 653, 1° comma, c.p.p. "la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso". Soltanto nel caso in cui la sentenza di assoluzione indichi che il fatto, ancorché esistente e commesso dall'imputato, non sia sanzionabile in sede penale, residua pertanto un reale spazio per la valutazione del comportamento, come illecito disciplinare, da parte dell'amministrazione di appartenenza.

Se invece il procedimento disciplinare sia stato archiviato, ed il lavoratore sia stato condannato dal giudice penale, per gli stessi fatti oggetto della contestazione, l'ufficio procedimenti disciplinari è tenuto a riaprire il procedimento, per adeguare le proprie conclusioni a quelle del giudice penale.

Anche in questo caso la disposizione va letta in correlazione con l'art. 653 c.p.p., che al comma 1° *bis* prevede che "la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso"³⁰. L'ufficio procedimenti disciplinari deve dunque prendere atto di tali accertamenti,

²⁸ Cfr. Corso, *Procedimento disciplinare e procedimento penale dopo la riforma del d. lgs. n. 150/2009*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, 159 e segg.; Ravelli, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., 508.

²⁹ Sulla possibilità di un'autonoma valutazione degli atti del pro-

cedimento penale, ai fini della contestazione, cfr. da ultimo Cass., Sez. lav., 1° marzo 2017, n. 5284.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. lav., 28 settembre 2016, n. 19183.

ed applicare le sanzioni disciplinari previste per le predette ipotesi dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

L'ufficio deve inoltre riaprire il procedimento, se dalla sentenza penale di condanna risulta la commissione di un fatto punibile con il licenziamento, mentre è stata applicata una sanzione diversa. Il testo della disposizione in effetti richiede che dalla sentenza irrevocabile di condanna risulti "che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento". Tuttavia, la sentenza penale non esamina la rilevanza ai fini disciplinari del comportamento illecito, né tantomeno contiene normalmente valutazioni di fatto automaticamente trasponibili del procedimento disciplinare. Fermo restando quanto pre-

visto dal comma 1° *bis* dell'art. 653 c.p.p., la concreta valutazione della gravità del comportamento del lavoratore ricade dunque sull'ufficio procedimenti disciplinari.

Il riavvio del procedimento sospeso, e la riapertura del procedimento già concluso, devono avvenire entro il termine di sessanta giorni. Questo decorre dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione di appartenenza del dipendente, da parte della cancelleria del giudice, ovvero dal ricevimento dell'istanza di riapertura.

Il procedimento si svolge nel rispetto delle regole sul contraddittorio previste dall'art. 55 *bis*, e deve essere concluso entro centoventi giorni dalla sua riapertura.

Il licenziamento disciplinare, tra *marketing* politico e coerenza sistematica

Marina Nicolosi

La radicale revisione della disciplina delle tutele contro il licenziamento illegittimo nel settore privato, in assenza di esplicite indicazioni per il settore pubblico, aveva sollevato la questione della applicabilità delle nuove regole al licenziamento del dipendente pubblico. Contestualmente, in attuazione della delega contenuta nella L. n. 124/2015, il D.Lgs. n. 116/2016 ha ulteriormente valorizzato il licenziamento disciplinare, quale strumento indispensabile per il recupero dell'efficienza e della produttività delle pubbliche amministrazioni. Lungo un solco già tracciato dalla giurisprudenza di legittimità, il D.Lgs. n. 75/2017 ha sancito l'unicità della sanzione reintegratoria contro il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico, ed ha accentuato quell'allontanamento dalle regole del settore privato, in netta controtendenza rispetto al processo di privatizzazione del pubblico impiego.

La questione del licenziamento nel settore pubblico: i criteri della delega ed i decreti attuativi

Il D.Lgs. n. 75/2017 ha definitivamente posto fine all'annosa questione dell'applicabilità al settore pubblico privatizzato delle nuove tutele contro il licenziamento illegittimo introdotte nel settore privato, prima dalla L. n. 92/2012, che ha modificato il testo dell'art. 18, L. n. 300/1970, e dopo dal D.Lgs. n. 23/2015 che, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, ha dettato il nuovo sistema sanzionatorio connesso al contratto a tutele crescenti.

L'art. 21, D.Lgs. n. 75/2017 interviene direttamente sul 2° comma dell'art. 63, D.Lgs. n. 165/2001, in attuazione dei criteri contenuti nell'art. 16, 2° comma, L. n. 124/2015 ("procedure e criteri comuni per l'esercizio di deleghe legislative di semplificazione") che avevano richiesto che si procedesse ad un "coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni vigenti", garantendo "la coerenza logica e sistematica della normativa" in materia (lett. b), consentendo altresì la "risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia" (lett. c).

Nessuna indicazione specifica sulle tutele contro il licenziamento illegittimo, invece, era contenuta nel successivo art. 17 ("riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"), il cui 1° comma, lett. s), aveva disposto la "introduzione di norme in materia di

responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare".

In attuazione di tale criterio, il D.Lgs. n. 116/2016 ha modificato l'art. 55 *quater*, D.Lgs. n. 165/2001 ("licenziamento disciplinare"), all'interno del quale ha introdotto una disciplina sostanziale e procedurale speciale in ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio, così proseguendo quella linea di tendenza già sposata dal D.Lgs. n. 150/2009 che, in chiave propagandistica e con valenza simbolico-comunicativa¹, aveva attribuito una posizione centrale alla materia disciplinare, al fine di recuperare la produttività delle pubbliche amministrazioni, contrastare l'assenteismo, accrescere l'immagine di efficienza dell'azione pubblica².

Il D.Lgs. n. 116/2016, che è stato successivamente modificato dal decreto correttivo D.Lgs. n. 118/2017, costituisce dunque un'anticipazione rispetto all'attuazione più ampia e completa della delega, dovuta essenzialmente all'esigenza del Governo di fornire una risposta immediata ed efficace ad alcuni episodi di assenteismo in amministrazioni pubbliche che, ampiamente diffusi e denunciati dai media e dalla stampa giornalistica, avevano avuto larga presa nell'opinione pubblica³.

L'intervento del 2016, tuttavia, ha inciso su un aspetto

¹ Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S. D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 222/2014.

² Direttiva del Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, n. 8 del 6 dicembre 2007, *Direttiva recante principi di valutazione dei comportamenti nelle pubbliche amministra-*

zioni - Responsabilità disciplinare, in Gazz. Uff. 18 febbraio 2008, n. 41.

³ Aran, *Il procedimento disciplinare dei dipendenti pubblici fra modifiche legislative e giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Collana Aran Occasional Paper*, n. 6-2016.

limitato e parziale, se valutato nell'ambito del più complessivo disegno di riforma stabilito dall'art. 17, L. n. 124/2015, sulla base di principi e criteri volti a definire un'ampia rivisitazione della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Sicché, con riferimento alla materia del licenziamento disciplinare, ancora in attuazione della delega di cui alla lett. s) del 1° comma dell'art. 17, L. n. 124/2015, è intervenuto l'art. 15, D.Lgs. n. 75/2017. Tale articolo, contenuto nel Capo VII del D.Lgs. n. 75/2017 ("Responsabilità disciplinare") reca ulteriori modifiche agli artt. 55 *quater* e 55 *sexies*, D.Lgs. n. 165/2001 ("responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione e limitazione della responsabilità per l'esercizio dell'azione disciplinare"), all'interno dei quali, tra l'altro, introduce ulteriori ipotesi legali di licenziamento disciplinare.

Le modifiche alla disciplina del licenziamento disciplinare

Volgarmente definito "decreto contro i furbetti del cartellino", il D.Lgs. n. 116/2016 consta di tre soli articoli che, intervenendo direttamente nell'art. 55 *quater*, vi aggiunge altri cinque commi (comma 1° *bis*, 3° *bis*, 3° *ter*, 3° *quater*, e 3° *quinquies*), che recano norme di carattere sostanziale e procedurale.

Sotto il profilo sostanziale, conformemente all'obbiettivo dichiarato dal Governo di "contrastare il fenomeno dell'assenteismo e dell'illegalità nella Pubblica amministrazione (causa di disuguaglianze, di inefficienza e di ingenti costi)"⁴, il nuovo comma 1° *bis* specifica la fattispecie di "falsa attestazione della presenza in servizio", già descritta dal 1° comma, lett. a)⁵, con l'effetto di ampliarne l'ambito di applicazione.

Oggi, infatti, costituisce "falsa attestazione della presenza in servizio" non soltanto "l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o ... altre modalità fraudolente", ma "qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso".

La novella comporta, innanzi tutto, un'evidente dilatazione della fattispecie, in quanto, da un lato, con l'adozione del termine "qualunque", riesce ad includere una vasta gamma di comportamenti, che hanno come comune denominatore l'obbiettivo di "fare risultare il dipendente in servizio", ovvero di "trarre in inganno l'amministrazione" in merito al "rispetto dell'orario di lavoro"⁶. Degna di nota è, peraltro, l'ultima parte della disposizione, secondo la quale "della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta". Anch'essa realizza l'obbiettivo di ampliare l'ambito di

applicazione della fattispecie, nel quale vanno ricondotti anche i comportamenti commissivi o omissivi di terzi che "agevolino" la condotta fraudolenta del dipendente che attesti falsamente la presenza in servizio. L'adozione del termine "agevolare", peraltro, semplifica la collocazione temporale del comportamento del terzo (sia prima, sia durante, sia dopo la concretizzazione della falsa attestazione), e la sua qualificazione, in quanto può trattarsi di qualsiasi azione od omissione che faciliti, ovvero aumenti, la probabilità di realizzare la falsificazione⁷.

Sotto il profilo procedurale, il D.Lgs. n. 116/2016 introduce due diverse novità: la sospensione cautelare obbligatoria dal servizio del dipendente che attesti falsamente la sua presenza in servizio ed il procedimento disciplinare accelerato. Si tratta di inediti che rispondono al criterio della delega connesso alla concretezza, certezza e rapidità nei tempi e nell'espletamento dell'azione disciplinare. Entrambi gli istituti, peraltro, trovano applicazione solo nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio, che sia accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze e, dopo il D.Lgs. n. 75/2017, nel caso in cui le condotte punibili con il licenziamento siano accertate in flagranza⁸.

La sospensione cautelare, disciplinata dal comma 3° *bis* dell'art. 55 *quater*, comporta la privazione dello stipendio, fatto salvo, tuttavia, il diritto all'assegno alimentare secondo le misure stabilite dalle disposizioni legali e contrattuali vigenti. Essa è disposta dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora ovvero, nel caso in cui dell'illecito accertato in flagranza sia venuto a conoscenza per primo l'ufficio per i procedimenti disciplinari, da quest'ultimo, e non impone l'obbligo dell'audizione preventiva dell'interessato. Il provvedimento che dispone la sospensione è un provvedimento motivato, che va emesso in via immediata e comunque entro quarantotto ore dal momento in cui i soggetti competenti ne vengano a conoscenza. La violazione di tale termine non comporta la decadenza dall'azione disciplinare e nemmeno l'inefficacia della sospensione.

Come rilevato dal Consiglio di Stato, si tratta di una misura cautelare innovativa rispetto all'istituto che consegue all'applicazione, in sede penale, di misure coercitive, limitative della libertà personale o impeditive del servizio del dipendente o quando nei suoi confronti si proceda per reati particolarmente gravi, per i quali l'autorità giudiziaria si sia già pronunciata. Nonostante la differenza dei presupposti, tuttavia, la sospensione in argomento prevede analoghi limiti a garanzia del dipendente, sia perché essa viene disposta soltanto quando l'illecito risulti da un accertamento che rende altamente probabile la riferibilità dello stesso al dipendente che lo ha commesso (la flagranza o gli strumenti di sorveglianza o di registrazione di accessi e presen-

⁴ Cons. Stato, comm. Spec., parere 16 marzo 2016, n. 864.

⁵ L'art. 55 *quater*, 1° comma, lett. a), come introdotto dal D.Lgs. n. 150/2009, stabilisce: "ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi: a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che

attesta falsamente uno stato di malattia".

⁶ Cass., 6 settembre 2016, n. 17637, in *www.aranagenzia.it*; Cass., 14 dicembre 2016, n. 25750, in *www.dirittoegustizia.it*.

⁷ Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 585.

⁸ Art. 15, lett. c), che è intervenuto nel 3° comma dell'art. 55 *quater*, D.Lgs. n. 165/2001, aggiungendovi il seguente periodo "nei casi in cui le condotte punibili con il licenziamento sono accertate in flagranza, si applicano le previsioni dei commi da 3-*bis* a 3-*quinquies*".

ze), sia perché il provvedimento deve essere motivato, nonché contestuale all'avvio del procedimento disciplinare, da concludersi entro tempi brevissimi⁹. Sulla compatibilità tra l'assenza di un obbligo di audizione preventiva dell'interessato con il principio di difesa, nel caso delle sospensioni cautelari, in genere, si è espressa invece la giurisprudenza, che ha escluso che la sospensione possa essere assimilata ad una sanzione, anche disciplinare, perché orientata ad allontanare in via d'urgenza il dipendente dal servizio, per evitare che la sua permanenza arrechi danno al buon andamento e all'immagine dell'amministrazione¹⁰. La natura urgente del relativo provvedimento, dunque, giustifica la mancata instaurazione del contraddittorio e della preventiva contestazione degli addebiti.

Quanto al procedimento disciplinare accelerato, sempre in conformità con il criterio della rapidità nei tempi e nell'espletamento dell'azione disciplinare, il comma 3° *ter* dell'art. 55 *quater* dispone la contestualità dell'adozione della sospensione cautelare con la contestazione scritta dell'addebito al dipendente, e con la sua convocazione dinanzi all'ufficio per i procedimenti disciplinari, dopo un preavviso di almeno quindici giorni. Il dipendente potrà farsi assistere da un procuratore o da un rappresentante sindacale, ed ha tempo fino alla data stabilita per l'audizione, al fine di inviare una memoria scritta. Il termine fissato per l'esercizio della sua difesa può essere rinviato una sola volta, e per un periodo non superiore a cinque giorni, con istanza motivata, in caso di grave, oggettivo ed assoluto impedimento.

L'ufficio per i procedimenti disciplinari deve concludere il procedimento entro trenta giorni dalla data di ricezione da parte del dipendente della contestazione scritta dell'addebito. In ogni caso, la violazione dei suddetti termini non può comportare la decadenza dall'azione disciplinare, né l'invalidità della sanzione irrogata, a meno che non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa.

Il nuovo comma 3° *quater* dell'art. 55 *quater*, D.Lgs. n. 165/2001 introduce, in caso di flagranza di falsa attestazione della presenza in servizio, e di altre condotte punibili con il licenziamento, l'azione di responsabilità per danni all'immagine della Pubblica Amministrazione. Si tratta di una disciplina analitica e puntuale di una procedura già esistente, di cui la disposizione in argomento dovrebbe costituire una fattispecie speciale, e su cui il Consiglio di Stato ha avanzato qualche dubbio di compatibilità con la delega, che nessuna indicazione specifica sul punto aveva fornito¹¹. La denuncia al pubblico ministero ed alla procura della Corte dei conti va inoltrata in termini brevissimi,

di quindici giorni, dall'avvio del procedimento disciplinare. È previsto che la Corte dei conti che ne ravvisi i presupposti, emani un invito a dedurre entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento e che l'azione di responsabilità venga esercitata, con modalità e termini previsti dalla L. n. 19/1994¹², entro i centoventi giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di proroga. L'ammontare del danno è rimesso alla valutazione equitativa del giudice. L'eventuale condanna però non può essere inferiore alle sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento. Il che, costituendo una predeterminazione legale dell'entità del danno, pone dei limiti al potere equitativo del giudice, riconosciuto dalla norma medesima. Nella valutazione del danno, peraltro, va tenuto conto della "rilevanza che il fatto ha assunto per i mezzi di informazione", con le condivisibili osservazioni critiche avanzate anche dal Consiglio di Stato sull'opportunità di una simile previsione, che rischia di alterare la percezione delle reali finalità della riforma, nel momento in cui collega la quantificazione del danno ad elementi del tutto estranei alla condotta del dipendente, come nel caso di un parametro dichiaratamente mediatico¹³.

A conclusione delle disposizioni sul procedimento disciplinare accelerato, il nuovo comma 3° *quinqüies* dell'art. 55 *quater*, D.Lgs. n. 165/2001 disciplina la responsabilità disciplinare dei dirigenti o dei responsabili di servizio competenti, per gli enti privi di qualifica dirigenziale, che omettano l'attivazione del procedimento disciplinare accelerato, oppure omettano l'adozione della sospensione cautelare, avuta conoscenza del fatto, senza giustificato motivo. La condotta è punita con il licenziamento disciplinare e di essa l'ufficio per i procedimenti disciplinari dà notizia all'Autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento della sussistenza di eventuali reati¹⁴. La disposizione va coordinata con il comma 3° dell'art. 55 *sexies* ("responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione e limitazione della responsabilità per l'esercizio dell'azione disciplinare"), come modificato dal D.Lgs. n. 75/2017. Secondo la nuova formulazione, infatti, quest'ultimo articolo disciplina il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare (dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare). Per tali condotte è prescritta, per i soggetti responsabili, la sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, ma è fatta salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'art. 55 *quater*, 1° com-

⁹ Cons. Stato, comm. Spec., parere 16 marzo 2016, n. 864, cit.

¹⁰ Corte cost., 3 giugno 1999, n. 206, in *Foro It.*, 1999, I, 2149; Cons. giust. amm. Sic., 3 marzo 1999, n. 79, in *Cons. Stato.*, 1999, I, 505. In generale sul tema, Tenore, *La sospensione cautelare del lavoratore nel pubblico impiego privatizzato dopo il contratto collettivo nazionale di lavoro comparto ministeri 2002-2005*, in *Giust. Civ.*, 2004, 21; Viola, *La sospensione cautelare dal servizio dopo la privatizzazione del pubblico impiego*, in *TAR*, 1996, II, 161.

¹¹ Cons. Stato, comm. Spec., parere 16 marzo 2016, n. 864, cit. Nel parere si fa notare come la disciplina del danno all'immagine attenga a forme di responsabilità diverse da quella disciplinare, che era l'unica sulla quale il governo era stato delegato ad intervenire.

¹² "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, recante disposizioni in materia di giurisdizio-

ne e controllo della Corte dei conti".

¹³ Il Consiglio di Stato aveva infatti suggerito di sostituire il riferimento alla "rilevanza del fatto per i mezzi di informazione" con la "diffusività dell'episodio nella collettività". La definitiva approvazione del testo però non ha tenuto conto delle osservazioni.

¹⁴ Il testo originario qualificava come reato di omissione di atti d'ufficio l'omessa adozione dei provvedimenti di cui al comma 3° *quinqüies*, a sensi dell'art. 328 c.p. Nell'approvazione definitiva del D.Lgs. n. 75/2017 il Governo ha tenuto conto delle osservazioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti che avevano rilevato come le fattispecie disciplinari descritte dalla norma integrassero piuttosto il reato di rifiuto di atti d'ufficio e che comunque si sarebbe trattato dell'introduzione di una nuova fattispecie penale non supportata da idonea delega legislativa.

ma, lett. *f ter*), cioè appunto nel caso in cui vi sia dolo o colpa grave, e “comma 3-*quinquies*”, cioè nel caso di omessa attivazione del procedimento disciplinare accelerato o della sospensione cautelare obbligatoria. Sicché, dirigenti e soggetti responsabili, *ivi* compresi i componenti dell'ufficio per procedimenti disciplinari, sono puniti con il licenziamento disciplinare, in linea generale, se non attivano il procedimento disciplinare “per dolo o colpa grave”, ovvero se non attivano il procedimento disciplinare accelerato e non adottano la sospensione cautelare obbligatoria, “senza giustificato motivo”, avendo acquisito “conoscenza del fatto”.

Qualche perplessità semmai potrebbe avanzarsi in merito alla proporzionalità della sanzione espulsiva per la condotta omissiva dei responsabili dei procedimenti disciplinari, che finiscono per essere sostanzialmente parificati a qualsiasi altro soggetto che abbia concorso nella commissione dell'illecito di falsa attestazione. Il rilievo era già stato avanzato dal Consiglio di Stato, che aveva infatti suggerito di puntualizzare il disvalore della condotta omissiva dei soggetti responsabili, attraverso l'aggiunta dei due incisi “che abbiano acquisito conoscenza del fatto” e “senza giustificato motivo”. Il Governo ne ha tenuto conto, ma, nonostante il correttivo, le perplessità sulla proporzionalità della sanzione restano.

Come si accennava, anche il D.Lgs. n. 75/2017, a completamento dell'intervento del 2016, è intervenuto nella materia del licenziamento disciplinare. Dal punto di vista sostanziale infatti, l'art. 15, nel modificare l'art. 55 *quater*, D.Lgs. n. 165/2001, ha introdotto ulteriori fattispecie legali punibili con la sanzione espulsiva e ne ha razionalizzato alcune già esistenti. Segnatamente, nel 1° comma, sono state inserite le seguenti fattispecie: gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'art. 54, 3° comma (lett. *f-bis*); commissione dolosa, o gravemente colposa, dell'infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, 3° comma (lett. *f ter*); reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio (lett. *f quater*); insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della *performance* del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'art. 3, comma 5° *bis*, del D.L. n. 150 del 2009 (lett. *f quinquies*).

Sia la prima, sia l'ultima fattispecie erano già state introdotte dal D.Lgs. n. 150/2009. La prima è ancora contenuta nel corpo dell'art. 54, 3° comma, che prevede che “violazioni gravi o reiterate del codice di comportamento comportano l'applicazione della sanzione di cui all'art. 55-*quater*”. Lo scarso rendimento, invece, era disciplinato nel 2° comma dell'art. 55 *quater*¹⁵. Oltre all'anticipazione della fattispecie nel 1° comma del medesimo articolo, sono stati modificati, in senso più favorevole, l'arco temporale (un triennio, in luogo del biennio) entro cui il dipendente deve avere riportato la costante valutazione negativa della *performance*, ed il riferimento ai codici di comportamento di cui all'art. 54, tra le fonti degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa. Per il resto, la disposizione è rimasta ridondante¹⁶ e molto si allontana dai più stringenti requisiti prescritti dalla giurisprudenza per il licenziamento per scarso rendimento nel settore privato¹⁷.

Le tutele contro il licenziamento illegittimo: l'applicabilità della L. n. 92/2012 e del D.Lgs. n. 23/2015

La centralità del licenziamento disciplinare come baluardo delle specificità del lavoro pubblico, a presidio di interessi superiori rispetto alla tutela del lavoratore, nella stagione della “rilegificazione” – che, nonostante qualche apertura a favore della contrattazione collettiva e della partecipazione sindacale¹⁸, la L. n. 124/2015 ha sostanzialmente mantenuto, se non per certi aspetti rinforzato – ha avuto un peso significativo nel dibattito scientifico sulle tutele contro il licenziamento illegittimo del pubblico dipendente¹⁹.

Come noto, infatti, nelle diverse fasi della profonda revisione della disciplina dei licenziamenti, avviata con la L. n. 92/2012 e completata con il D.Lgs. n. 23/2015, il legislatore non ha mai assunto una posizione definita sull'applicabilità delle due riforme al settore pubblico. Per circa un quinquennio, pertanto, la questione è stata affidata al dibattito politico, mediatico, scientifico ed alla giurisprudenza.

Premesso che nel testo del D.Lgs. n. 165/2001 la tendenziale omogeneità delle tutele tra i due settori è affidata all'art. 51 che, al 2° comma, stabilisce che “la legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni e integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti”, gli interrogativi sul regime delle tutele contro il licenziamento illegittimo dei pubblici dipendenti sono scaturiti dall'infelice formulazione della L. n. 92/2012²⁰. Il 7° comma dell'art. 1, pur affermando che le disposizioni della legge Fornero avrebbero

¹⁵ L'interesse crescente per l'insufficiente rendimento era già emerso nella Direttiva del Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, n. 8 del 6 dicembre 2007, *Direttiva recante principi di valutazione dei comportamenti nelle pubbliche amministrazioni – Responsabilità disciplinare*, cit. Sulla fattispecie introdotta dal D.Lgs. n. 150/2009, Ravelli, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in Napoli-Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 479.

¹⁶ Currao-Picarella, *Lo sguardo severo del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, IT – 109/2010.

¹⁷ Cass., 9 luglio 2015, n. 14310, in *www.ilgiuslavorista.it*, 2015; Cass., 16 luglio 2013, n. 17371, in *Dirittoegustizia on line*, 2013;

Cass., 31 gennaio 2013, n. 2291, in *Guida Dir.*, 2013, 13.

¹⁸ D'Alessio-Zoppoli, *Riforma della Pubblica Amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in *www.Astrid.it*.

¹⁹ Garilli-Bellavista, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Anm.*, 2010, 1.

²⁰ È stato maliziosamente sostenuto che l'incerto ambito di applicazione delle modifiche all'art. 18 sia riconducibile ad una scelta voluta e non ad un mero difetto (casuale) di coordinamento. Tali letture fanno leva sul dibattito politico e sindacale successivo alla riforma, e ne attribuiscono la responsabilità allo scontro tra la volontà del legislatore di non estendere al pubblico impiego il più severo

costituito principi e criteri per la regolamentazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, 2° comma, D.Lgs. n. 165/2001, "per quanto da esse non espressamente previsto", aveva lasciato intendere che ambiti, modalità e tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti pubblici sarebbero stati rimessi ad un successivo e specifico intervento (anche normativo) del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 1, 8° comma)²¹.

Da qui il dubbio se le modifiche apportate all'art. 18 avrebbero dovuto ritenersi immediatamente ed automaticamente applicabili anche alle ipotesi di illegittimo licenziamento nel settore pubblico o se avrebbe potuto sostenersi ancora vigente la precedente versione dell'art. 18, L. n. 300/1970, da applicarsi in tale ambito, in attesa dell'intervento specifico di armonizzazione ed adattamento "preannunciato" dal 8° comma dell'art. 1, L. n. 92/2012.

Nel primo caso, anche nel settore pubblico avrebbe trovato applicazione la tutela differenziata in funzione del vizio rilevato²², a causa del rinvio mobile ad ogni successiva modifica dell'art. 18, L. n. 300/1970, contenuto nell'art. 51, D.Lgs. n. 165/2001, nonché dell'impossibilità tecnica di

giustificare una sopravvivenza²³ della versione storica dell'art. 18, interamente travolto dalla riforma del 2012²⁴.

Nel secondo caso avrebbe continuato ad adottarsi la precedente tutela reale unitaria – da applicare indipendentemente dal tipo di vizio del licenziamento, e a prescindere dal computo dei dipendenti, secondo quanto prescritto dall'art. 51, D.Lgs. n. 165/2001 – e mai la tutela obbligatoria²⁵. Invero, il rinvio mobile all'art. 18, L. n. 300/1970 e sue successive modifiche ed integrazioni, avrebbe dovuto essere limitato a quelle nel frattempo intervenute in un arco temporale ricompreso tra lo Statuto dei lavoratori (1970) e il D.Lgs. n. 165/2001²⁶. Viceversa sarebbe stata disattesa l'intenzione manifestata dal legislatore nel 8° comma dell'art. 1, L. n. 92/2012 di rimandare a successivi interventi di armonizzazione il varo di una specifica disciplina per il settore pubblico. Qui, nelle more, si sarebbe applicata la precedente versione dell'art. 18 "sopravvissuta", anche per rispondere all'esigenza, già manifestata con il D.Lgs. n. 276/2003, e confermata con la L. n. 92/2012, di paralizzare la valenza uniformatrice della privatizzazione, nel presupposto ormai palese di "diversificare" ciò che uniformare non si può²⁷.

In dottrina, nello scontro netto tra i due diversi orienta-

regime delle tutele imposto dalla riforma e l'impotenza politica di rivelare tale intenzione apertamente. Così Olivieri, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la L. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, II, 2013, 379, spec. 403; De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un comportamento necessario*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 164/2012, 4; Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 49; Luciani, *Il licenziamento del dipendente pubblico, tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 767; Gerardo-Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, 191. Opta per una palese deresponsabilizzazione del legislatore, che ha rinviato all'interpretazione giurisprudenziale la scelta di estendere o meno il regime meno favorevole contro il principio della stabilità del pubblico impiegato, anche Cavallaro, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 176/2013, 6. Sul punto si vedano anche le riflessioni di L. Zoppoli, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 198/2013, 5.

²¹ In questa stessa direzione si era mossa, precedentemente alla L. n. 92/2012, l'intesa trilaterale del 3 maggio 2012, in cui le parti avevano concordato di rinforzare i doveri disciplinari dei dipendenti pubblici e di riordinare la disciplina dei licenziamenti per motivi disciplinari, anche attraverso la previsione contestuale di garanzie di stabilità nel caso di licenziamento illegittimo. Sulla valenza dell'intesa trilaterale del 2012, De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, cit., 3. In senso critico sulle resistenze sindacali e sulle connesse pressioni sul Ministro per la pubblica amministrazione, al fine di esentare il settore pubblico da processi di riforma e di innovazione normativa rivolti a recuperare una maggiore flessibilità in uscita, già manifestati in occasione della cosiddetta riforma Biagi, Del Punta, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, 419.

²² Per una puntuale ricostruzione della nuova modulazione delle tutele introdotta dalla riforma della disciplina del licenziamento, Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 181/2013.

²³ Boscato, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 7.

²⁴ Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, 412. In questo stesso senso anche la prevalente giurisprudenza di merito e, in particolare, le note ordinanze di Trib. Perugia, 15 gennaio 2013 e 10 novembre 2012, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, II, 1117 e 1122, e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 2 aprile 2013, in *Lav. Giur.*, 2013, 624.

²⁵ F. Carinci, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *Lav. Giur.*, 2013, 27; Id., *Ripensando il "nuovo" art. 18*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 468, e in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 28; Id., *Art. 18 per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. Giur.*, 2012, 1138 e in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 247; Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 833, spec. 838; Mariucci, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti – Fornero*, in *Lav. Dir.*, 2012, 435; Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, 152; Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in Id. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 11; Barraco, *Campo di applicazione e problemi di coordinamento*, in Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 44; Cammalleri, *Sul nuovo rito dei licenziamenti e una proposta di modifica*, in *Temilavoro.It*, 2012, 1. Optano, infine per l'esclusione della rilevanza delle modifiche all'art. 18 nel settore pubblico, Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri, Dalfino (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, 47; Vallebona, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 55; Luciani, *Il licenziamento del dipendente pubblico, tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 767; Gragnoli, *L'inapplicabilità della legge n. 92 del 2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2014, 147.

²⁶ Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 720. Nella giurisprudenza minoritaria anche Trib. Roma, 23 gennaio 2013, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 1255 e, più recentemente, Trib. Roma, 1 dicembre 2015, inedita quanto consta, facendo leva sulla specialità del rapporto di lavoro pubblico, hanno negato la valenza tecnica del rinvio operato dall'art. 51, D.Lgs. n. 165/2001 all'art. 18, L. n. 300/1970 "e sue modificazioni", e di quest'ultimo hanno continuato ad applicare il testo vigente prima delle modifiche del 2012.

²⁷ Quella politica di incentivazione a favore della domanda di lavoro, per fare fronte alla grave crisi occupazionale soprattutto giova-

menti, forieri entrambi di una precisa opzione politica a favore o contro l'estensione del più limitativo regime delle tutele contro il licenziamento illegittimo ai dipendenti pubblici, tradizionalmente privilegiati dal principio della stabilità del posto di lavoro²⁸, era infine prevalsa una soluzione intermedia.

Vista la difficoltà di ipotizzare una sopravvivenza della versione storica dell'art. 18, la nuova normativa si sarebbe estesa al settore pubblico, ma nella limitata ipotesi della tutela reale forte, che il modificato 1° comma dell'art. 18 ricollega agli "altri casi di nullità previsti dalla legge". Nel pubblico impiego, infatti, ogni licenziamento si traduce in una ipotesi di nullità, in quanto l'applicabilità delle disposizioni statutarie è possibile solo per gli istituti che non risultino diversamente disciplinati da altre e speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001. È il caso del procedimento disciplinare che, nel settore privato, è regolato dall'art. 7, L. n. 300/1970, nel pubblico, invece, dalla speciale disciplina, procedurale, di cui all'art. 55 *bis*, D.Lgs. n. 165/2001, e sostanziale, di cui all'art. 55 *quater*, entrambe caratterizzate, dopo il D.Lgs. n. 150/2009, dalla natura imperativa, la cui violazione non può che determinare una nullità radicale ed insanabile²⁹.

Quanto al sopraggiunto D.Lgs. n. 23/2015, l'esclusione del pubblico impiego privatizzato dal suo campo di applicazione, in assenza di una disposizione esplicita che in tal senso si fosse espressa, era prevalsa per ragioni essenzialmente tecniche: intanto, per via del riferimento espresso alle categorie di operai, impiegati e quadri, l'ultima delle quali non trova corrispondenza nel pubblico impiego; e poi, a causa del fatto che, a differenza della L. n. 92/2012, il decreto attuativo del *Jobs Act* sul contratto a tutele crescenti non ha inciso sul corpo normativo della L. n. 300/1970, cui l'art. 51, D.Lgs. n. 165/2001 rinvia, limitandosi, al contrario, ad introdurre una nuova disciplina dei rimedi contro l'illegittimità del licenziamento, che non sostituisce le tutele di cui all'art. 18, ma ad esse si affianca, limitatamente peraltro ai soli assunti dopo il 7 marzo 2015³⁰.

La posizione della giurisprudenza

Sulla tesi della persistenza della tutela reintegratoria nel settore pubblico si è alla fine assestata perfino la giurisprudenza di legittimità.

La Corte di Cassazione si è pronunciata sulla questione per due volte, a distanza di pochi mesi, con percorsi argomentativi opposti, ma con soluzioni sostanzialmente analoghe.

La prima sentenza sposa una soluzione compromissoria, aderendo alla tesi intermedia formulata in dottrina: estende anche al settore pubblico il nuovo regime delle tutele contro il licenziamento illegittimo³¹, nella sola parte in cui collega la tutela reale alle "altre nullità previste dalla legge"³². Il licenziamento disciplinare di un dirigente pubblico, infatti, era stato adottato da uno solo dei componenti del competente ufficio procedimenti disciplinari, e quindi in contrasto con quanto prescritto del 4° comma dell'art. 55 *bis*, D.Lgs. n. 165/2001. Tale articolo sancisce la competenza in materia disciplinare dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, da individuarsi da ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento. Nel caso di specie, l'amministrazione aveva dotato l'ufficio per i procedimenti disciplinari di una composizione collegiale di tre membri. Secondo la Corte di Cassazione, perfetto od imperfetto che possa qualificarsi l'organo collegiale deputato a definire i procedimenti disciplinari, l'adozione della sanzione da parte di uno solo dei suoi componenti determina la violazione della norma imperativa di legge contenuta nell'art. 55 *bis*, 4° comma, nonché la conseguente nullità del licenziamento disciplinare³³. Ritenuta, *ratione temporis*, la necessaria applicazione del nuovo testo dell'art. 18, L. n. 300/1970 (a causa del rinvio mobile di cui all'inciso "e successive modificazioni e integrazioni"), la nullità del licenziamento disciplinare del dirigente, per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 55 *bis*, 4° comma, va sanzionata attraverso la tutela reale piena di cui all'art. 18, 1° comma, L. n. 300/1970, come modificato dalla L. n. 92/2012.

nile, sottesa alle penetranti novità introdotte nel 2012 (di cui la modifica della disciplina del licenziamento, con la manifestata intenzione di alleggerirne i costi, costituisce l'aspetto più eclatante, ma non l'unico) sarebbe inconciliabile con l'opposta esigenza che caratterizza il lavoro pubblico che è al contrario quella di contenere i costi del personale e di limitare conseguentemente le nuove assunzioni, oltre che di gestire le eccedenze del personale. Così ancora F. Carinci, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privato cercasi disperatamente*, cit., 251.

²⁸ Parla di "dogma della stabilità del dipendente pubblico" Natullo, *L'estinzione del rapporto*, in Rusciano-Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, 237. Sul punto anche Cavallaro, *Perché il nuovo art. 18 si applica al pubblico impiego*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, 927. Contro il luogo comune, mai sorretto da complete indagini empiriche, ma particolarmente diffuso a livello mediatico, secondo cui le pubbliche amministrazioni abbiano esercitato poco e male il potere disciplinare, che ha alimentato l'idea diffusa dell'inefficienza del sistema sanzionatorio, giustificando i ripetuti interventi normativi, Tullini, *L'inadempienza e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, cit.

²⁹ Essenzialmente Boscato, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, cit., 14. Contro l'argomento assorbente della nullità derivante dalla natura imperativa delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001 si è espresso Cavallaro, *Perché il nuovo art. 18 si applica al pubblico impiego*, cit., 934. Sulla natura imperativa delle disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001, dopo il D.Lgs. n. 150/2009,

diffusamente, Mainardi, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in F. Carinci-Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 9 e Ferrante, *I poteri datoriali rivisitati*, in Napoli-Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, cit., 59. In giurisprudenza, opta per la nullità del licenziamento intimato da organo diverso da quello titolare del potere disciplinare, e quindi in violazione di legge imperativa (art. 55 *bis*, D.Lgs. n. 165/2001) Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 528.

³⁰ In questo senso, Tampieri, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il "Jobs Act"*, Torino, 2015; Mainardi, *Il campo di applicazione del D.Lgs. n. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 25; Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel D.Lgs. n. 23 del 2015*, in Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, n. 14, 118. Nella giurisprudenza di merito, invece, ha optato per l'applicazione del D.Lgs. n. 23/2015 al settore pubblico, Trib. Milano, 23 giugno 2016, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, II, 815, con nota di Avogaro, *Tutela reale e pubblico impiego privatizzato: con il jobs act finisce un'era?*

³¹ Tampieri, *La Suprema Corte (non) spiega perché il nuovo art. 18 dello Statuto è applicabile anche al lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 510.

³² Cass., 26 novembre 2015, n. 24157, in *Lav. Giur.*, 2016, 353, con nota di Pilati; in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 510, con nota di Tampieri; in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 600, con nota di Nicolosi.

³³ Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, cit.

Si è trattato di una scelta obbligata e di compromesso, per certi aspetti giustificata dalla (condivisibile) volontà di “salvare” la tutela reintegratoria, in un caso di licenziamento illegittimo per vizi procedurali che, viceversa, secondo le nuove regole, avrebbe condotto ad una tutela di tipo indennitario. Per altri versi, la sentenza è ambigua ed incompleta, perché, sostenuta la tesi dell'estensione “ritagliata a misura del lavoro pubblico” della nuova disciplina, la Corte non ha volutamente preso posizione in merito alla questione più ampia dell'applicabilità al settore pubblico di tutte le altre forme di tutela minore previste dalla riforma del settore privato³⁴. D'altra parte, che il riferimento alle “altre nullità previste dalla legge”, avrebbe rappresentato un “cavallo di Troia” per interpretazioni che garantissero, per quanto possibile, soluzioni in linea di continuità con il passato, era già stato prospettato in dottrina, perfino con riferimento alla questione dell'estensione della nuova disciplina dei licenziamenti al settore pubblico³⁵.

Senonché, a distanza di pochissimi mesi, la Corte di Cassazione è ritornata sull'argomento e, con la sentenza n. 11868/2016, ha ribaltato interamente l'impostazione inizialmente adottata³⁶. L'obbiettivo (ed il risultato) tuttavia è rimasto lo stesso: mantenere la tutela reintegratoria nel settore pubblico ed escludere la tutela indennitaria. Quindi, non più estensione immediata ed automatica della nuova versione dell'art. 18, ma applicazione della previgente formulazione della norma, nel testo anteriore alle modifiche del 2012, almeno fino all'intervento di armonizzazione previsto dal 8° comma dell'art. 1, L. n. 92/2012. Anche stavolta il caso affrontato riguardava un licenziamento disciplinare, ma di un dipendente pubblico – del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti – di livello non dirigenziale. L'argomento a sostegno del “ripensamento” fa leva, essenzialmente, sulla natura fissa del rinvio alla L. n. 300/1970 “e successive modifiche ed integrazioni”, contenuto nell'art. 51, 2° comma, D.Lgs. n. 165/2001. Si tratta di un passaggio decisivo della sentenza. Secondo la Corte, infatti, quando, a suo tempo, il legislatore del D.Lgs. n. 165/2001 optò per la formula contenuta nell'art. 51, 2° comma, che impone nel settore pubblico la tutela reale “a prescindere

dal numero dei dipendenti”, intese introdurre un principio specifico, con l'univoco obbiettivo di escludere dal pubblico impiego qualsiasi forma di tutela diversa da quella reale (in quel caso si trattava della tutela obbligatoria, di cui all'art. 8, L. n. 604/1966), anche per quelle amministrazioni, non poche, con un numero di dipendenti inferiore al limite richiesto per l'applicazione dell'art. 18. Tale “scelta fondamentale”, espressa con il rinvio in questione, inibisce l'automatico recepimento di qualsiasi intervento normativo successivo che incida sulla natura reale della tutela che l'art. 55, 2° comma, D.Lgs. n. 165/2001 garantisce, anche per il futuro, al pubblico dipendente. Sicché, data la natura fissa (e non mobile) del rinvio all'art. 18, L. n. 300/1970, tale norma resta “cristallizzata” nel testo antecedente alle modifiche del 2012. Essa continuerà a disciplinare i rapporti interessati dal rinvio e darà vita ad una duplicità di normative, “ciascuna applicabile in relazione alla diversa natura dei rapporti giuridici in rilievo”.

Vi sono poi ragioni di ordine logico e sistematico che portano la Cassazione ad escludere il pubblico impiego dal campo di applicazione della riforma del 2012 attengono essenzialmente alle finalità che sono proprie della L. n. 92/2012, e che si risolvono nella rigida correlazione tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita (con il contestuale ampliamento della seconda e connessa riduzione della prima), che mal si adattano alle problematiche, profondamente diverse, proprie del settore pubblico³⁷. Quelle modifiche apportate all'art. 18 che introducono una modulazione delle sanzioni in relazione ad ipotesi di legittimità non sono facilmente adattabili al lavoro pubblico, soprattutto dopo l'intervento del 2009, per il quale è stata introdotta una disciplina legale inderogabile, anche attraverso la tipizzazione di illeciti disciplinari sanzionabili con il licenziamento, pensati, peraltro, più a protezione di interessi collettivi, che a tutela degli interessi dei lavoratori³⁸.

Si tratta della nota posizione espressa dalla Corte costituzionale, a sostegno del riconoscimento della tutela reale al dirigente pubblico, cui la sentenza n. 11868 della Cassazione fa esplicito riferimento³⁹. Perfino la dottrina più critica si è alla fine allineata con la necessità più volte rimar-

³⁴ La dottrina prevalente aveva già optato per la soluzione negativa: nessuna tutela ridotta nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro, dove trova applicazione la disciplina speciale che impone la procedura di collocamento in disponibilità (artt. 33 e 34, D.Lgs. n. 165/2001); e nemmeno in ipotesi di recesso per ragioni attinenti alla persona del lavoratore che, nel privato, espongono alla tutela indennitaria, mentre nel pubblico sono sanzionate secondo discipline speciali (contrattuali o legali), che prevalgono (come nel caso di superamento del periodo di comperto o di sopraggiunta inidoneità fisica o psichica del lavoratore). In questo senso, Olivieri, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la L. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, cit., 388; Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., 57; De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, cit., 7.

³⁵ Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, cit., 9; Pasqualetto, *I licenziamenti nulli secondo la L. n. 92/2012*, in *Lav. Giur.*, 2012, 894; Colosimo, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 1029.

³⁶ Cass., 9 giugno 2016, n. 11868, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, 575, con nota di Vallebona, *Tutela reale per il licenziamento dei pubblici*

dipendenti: la cassazione cambia giustamente idea.

³⁷ In questo stesso senso, costantemente, già all'indomani dell'entrata in vigore della L. n. 92/2012, F. Carinci, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2016, 913.

³⁸ Giubboni-Colavita, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*. It – 304/2016, 8.

³⁹ Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, 685, secondo la quale il semplice ristoro economico, corrisposto in luogo della tutela reintegratoria, non soltanto non sarebbe idoneo a salvaguardare la collettività dal pregiudizio all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione pubblica, ma ne aggraverebbe le conseguenze traducendosi in una forma onerosa di *spoil system* ed in un costo aggiuntivo per la collettività; Cass., 1 febbraio 2007, n. 2233, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 686, con nota di Boscati, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile in caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*; Cass., 31 luglio 2012, n. 13710, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 852; Cass., 13 giugno 2012, n. 9651, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, 424; Cass., 18 dicembre 2012, n. 23330, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, 424; Cass., 18 dicembre 2012, n. 23330, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, 424 e, più recentemente, Cass., 28 luglio 2013, n. 18198, in *Lav. Giur.*, 2013, 1077. In dottrina, in generale, F. Carinci, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente*

cata dalla Corte costituzionale di agganciare la tutela reale del dirigente al rispetto di valori superiori e di rango costituzionale, attribuendo al corretto esercizio del potere di recesso del datore pubblico la funzione di salvaguardia del buon andamento e dell'imparzialità delle pubbliche amministrazioni⁴⁰. Il dubbio, semmai, poteva riguardare la possibile estensione dei principi calibrati sulla categoria dirigenziale anche al restante personale privo della qualifica dirigenziale⁴¹. Tuttavia, pure con riferimento a tale personale, il potere di licenziare si traduce nel potere di revocare la titolarità di uffici e funzioni pubblici, originariamente assegnati a seguito di una selezione pubblica, finalizzata all'individuazione del migliore aspirante all'esercizio di quelle determinate funzioni⁴². La tutela ripristinatoria resta dunque l'unica forma di rimedio contro l'errato esercizio del potere di licenziare il pubblico dipendente: intanto, perché la collettività non avrà mai interesse al suo allontanamento dalle funzioni per cui è stato assunto, in assenza di una giusta causa di licenziamento; e poi perché il pagamento della sola indennità costituirebbe un prezzo, da sommare al costo di una eventuale e successiva assunzione in sostituzione della posizione illegittimamente rimossa⁴³.

Sotto questo aspetto, e superate le prime titubanze connesse alla "sopravvivenza" della versione originaria dell'art. 18⁴⁴, la soluzione della giurisprudenza di legittimità di rivitalizzare la versione originaria dell'art. 18, è apparsa la più lineare.

La soluzione legislativa: l'art. 21, D.Lgs. n. 75/2017

Il problema dell'improbabile "sopravvivenza" della precedente versione dell'art. 18, L. n. 300/1970 appare ormai superato, ed il tanto atteso intervento legislativo è infine pervenuto con l'art. 21, D.Lgs. n. 75/2017.

L'articolo interviene sul testo dell'art. 63, D.Lgs. n. 165/2001 ("Controversie relative ai rapporti di lavoro"), con una scelta che potrebbe ritenersi discutibile: probabilmente

sarebbe stato più razionale aggiungere un nuovo comma all'art. 51 ("disciplina del rapporto di lavoro"), che rimane la norma di apertura del titolo IV, dedicato al rapporto di lavoro, e che costituisce, ancora oggi, la chiave di volta della tendenziale parificazione con la disciplina del settore privato, di cui, a questo punto, le sanzioni contro il licenziamento illegittimo costituiscono un'eclatante deroga. Possono ritenersi, invece, superati i dubbi inizialmente avanzati sulla copertura da parte della delega della disposizione in esame. Secondo il Consiglio di Stato, invero, atteso che l'art. 21 si limita a consolidare un orientamento già emerso a livello giurisprudenziale, la disposizione va ricondotta alla previsione di cui all'art. 16, 2° comma, lett. b) e c), L. n. 124/2015, con riferimento al criterio (del) "la risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia"⁴⁵.

Secondo la nuova disposizione, il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. La norma replica pedissequamente la struttura della sanzione prevista dalla vecchia formulazione dell'art. 18, L. n. 300/1970. Essa, tuttavia, al pari della disciplina del contratto a tutele crescenti, prende in considerazione, come parametro per la liquidazione dell'indennità risarcitoria, la retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, dedotto però il solo *aliunde perceptum*. Peraltro, a differenza del D.Lgs. n. 23/2015, è contemplata la fissazione di un limite massimo di 24 men-

privato e il dirigente pubblico privatizzato, in *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, 31, 12.

⁴⁰ Sul punto, Boscato, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 22. Per un'analisi del nesso tra mera tutela economica come conseguenza di un licenziamento illegittimo del dirigente e principio di distinzione funzionale tra politica e amministrazione, Bellavista, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 1.

⁴¹ Essenzialmente, F. Carinci, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2014. Contro una lettura costituzionalmente orientata della tutela reale nel settore pubblico, come forma di tutela di carattere generale, con riferimento al licenziamento dei dirigenti e del personale di livello non dirigenziale tutto, si è espresso, invece, Cavallaro, *Perché il nuovo art. 18 si applica al pubblico impiego*, cit., 933 che afferma come, ritenuto applicabile il nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico, la reintegra possa diventare anche nel pubblico impiego una sanzione di carattere eccezionale.

⁴² Il principio del concorso pubblico (art. 97 Cost.) impone che la competenza professionale costituisca l'unico criterio selettivo del personale da reclutare ed assicura, al contempo la selezione del contraente migliore, in virtù della competizione che si instaura fra un numero di candidati che sia il più ampio possibile. Sul punto, in generale, Cassese-Pellew, *Il sistema del merito nel reclutamento della burocrazia come problema storico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1987, 756. In giurisprudenza, Corte cost., 31 marzo 1994, n. 108, in *Foro It.*, 1996, I, 87; Corte cost. 19 maggio 1994, n. 188, in *Giur. It.*, 1995, I, 287. In

dottrina, riconduce al principio del concorso pubblico le diversità strutturali del rapporto di lavoro rispetto a quello privato, che giustificerebbero la diversità dei regimi di tutela contro i licenziamenti illegittimi, F. Carinci, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, cit., 925.

⁴³ In questo stesso senso, Battini, *Jobs act e lavoro pubblico: i "controlimiti" alla privatizzazione*, in *Giornale Dir. Ann.*, 2015, 145, per il quale "la tutela reale del dipendente pubblico illegittimamente licenziato è una regola costituzionalmente necessaria".

⁴⁴ F. Carinci, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, cit., 924 secondo cui l'art. 1, 42° comma, L. n. 92/2012 ("lett. a) la rubrica è sostituita"; "lett. b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti"), nel riferirsi al solo settore privato, avrebbe posto un problema di disapplicazione e non di abrogazione dell'art. 18, per cui il vecchio testo non sarebbe stato soppresso, ma affiancato dal nuovo, "col solo fatto di espropriarlo del lavoro privato". Nello stesso senso, per la coesistenza delle due diverse versioni dell'art. 18, anche Vallebona, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 55 e Gerardo, Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 198. In senso critico, contro la possibilità che la L. n. 92/2012, attraverso il termine "sostituzione", non abbia abrogato, ma soltanto autorizzato una disapplicazione del previgente art. 18, Boscato, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 14. Proprio l'uso di quella determinata terminologia confermerebbe la volontà del legislatore di abrogare la precedente disciplina.

⁴⁵ Cons. Stato, comm. Spec., 21 aprile 2017, n. 916.

silità, mentre nel privato il limite è minimo ed è di cinque mensilità.

Degno di nota, infine, è il comma 2° *bis*: nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato. È quindi ammesso il controllo sulla proporzionalità della sanzione disciplinare, compresa quella diversa dal licenziamento. Ed è contemplata la sua rideterminazione usando come parametro la normativa legale e contrattuale, e come criterio la gravità dell'infrazione e lo specifico interesse pubblico violato. È un ulteriore elemento di differenziazione con il settore privato, se solo si considera come sia definitivamente scomparso, nel D.Lgs. n. 23/2015, il giudizio sulla proporzionalità

della sanzione espulsiva irrogata, nonché il riferimento alle tipizzazioni operate dalla contrattazione collettiva, dal tipo di valutazione che può autorizzare il giudice a riconoscere la tutela reintegratoria, sia pure nella sua versione attenuata, come invece aveva (ancora) consentito la L. n. 92/2012⁴⁶.

L'ennesima divergenza, quindi, che induce a chiedersi se non sia arrivato il momento di affrontare quei (condivisibili) interrogativi sulla persistenza (sul piano della politica del diritto, oltretutto dell'opportunità) delle ragioni del processo di armonizzazione tra lavoro nel settore pubblico e lavoro nel settore privato⁴⁷, di cui il riconoscimento, anche sul piano legislativo, di due diversi regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo costituisce ormai un'irreversibile battuta d'arresto.

La valutazione della *performance* nella “Quarta” riforma del lavoro pubblico

Alessia Gabriele

Il tema della valutazione della *performance* organizzativa e individuale nel lavoro pubblico privatizzato è stato oggetto di un “ripensamento” da parte del legislatore con il D.Lgs. n. 74/2017, che ha dato attuazione all'art. 17, 1° comma, lett. r), della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 denominata “Riforma Madia”. Le modifiche hanno riguardato la completa riscrittura di uno degli articoli cardine dell'originaria disciplina, l'art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, e rapsodicamente l'assetto complessivo del sistema di misurazione e di valutazione della *performance*, in un'ottica di “semplificazione normativa” e di implementazione dei sistemi di valutazione della *performance* organizzativa. In questo scenario ritrova una dimensione da protagonista la contrattazione collettiva nazionale, alla cui competenza il legislatore demanda la fissazione di criteri idonei a garantire l'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati alla *performance*. Risolta così l'impasse generata dalla eccessiva rigidità normativa della previsione del 2009, è legittimo chiedersi se la riacquisita centralità dell'autonomia collettiva potrà contribuire a rendere più effettivo il sistema di valutazione basato sul merito o se si corra il rischio di un ritorno alle prassi egualitarie del passato.

La riforma Madia: inversione di rotta o perfezionamento delle coordinate originarie?

Il disegno riformatore del legislatore del 2009 mirava alla costruzione di un sistema di valutazione della *performance* seguendo i principi ispiratori delle scienze aziendalistiche.

Tuttavia, questi propositi, per quanto finalizzati ad un accrescimento del rendimento complessivo dell'azione amministrativa, si sono rivelati più annunciati che realisticamente perseguiti.

Il cardine della disciplina, come è noto, gravitava intorno all'asse del ciclo della *performance*, concepito come un complesso di attività suddivise in più fasi di valutazione e di misurazione della *performance* organizzativa e individuale e

che intestava in capo alla “Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche” (di seguito: Civit) e alla dirigenza il ruolo di valutatori. Agli Organismi indipendenti di valutazione (di seguito: OIV) competeva invece il controllo interno di gestione del sistema complessivo¹.

Il testo con cui questo disegno ha preso vita è stato per una precisa opzione politica il D.Lgs. n. 150/2009, che ancora oggi il legislatore ha confermato come fonte della disciplina della misurazione e della valutazione, affiancandolo quindi al T.U. del D.Lgs. n. 165/2001.

Scelta questa che, forse in una logica di semplificazione, cogliendo l'occasione della delega del 2015, avrebbe potuto

⁴⁶ Art. 18, 4° comma, L. n. 300/1970, secondo cui il giudice, accertato che il fatto, pur sussistente, rientra tra le condotte punibili cui i codici disciplinari applicabili ricollegano una sanzione conservativa, e non il recesso, annulla il licenziamento ed ordina la tutela reintegratoria, ma con conseguenze patrimoniali attenuate. Sul punto, Speciale, *Il licenziamento disciplinare*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 373; Id., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, I, 345; Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, cit., 10; F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.Lgs. n. 23/2015*, in *WP Adapt*, n. 176/2015, 7; Id., *Complimenti dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 145; Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 415. Per ulteriori applicazioni del 4° comma dell'art. 18, nella giurisprudenza di merito, cfr. le note Trib. Bologna, 25 settembre 2012, Trib. Milano, 20 marzo 2013, in *Bollettinoadapt.it.*, n. 19/2013 e Trib. Monza, 19 febbraio 2014, in *Bollettinoadapt.it.* n. 4/2014. Mentre, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, 25, con nota di Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*. In giurisprudenza, sul sindacato del giudice in ordine alla proporzionalità della sanzione, Cass., 19 settembre 2016, n. 18326, in *Foro It.*, 2016, I, 3444.

sprudenza di merito, cfr. le note Trib. Bologna, 25 settembre 2012, Trib. Milano, 20 marzo 2013, in *Bollettinoadapt.it.*, n. 19/2013 e Trib. Monza, 19 febbraio 2014, in *Bollettinoadapt.it.* n. 4/2014. Mentre, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, 25, con nota di Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*. In giurisprudenza, sul sindacato del giudice in ordine alla proporzionalità della sanzione, Cass., 19 settembre 2016, n. 18326, in *Foro It.*, 2016, I, 3444.

⁴⁷ Da ultimo, Giubboni-Colavita, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., 2.

¹ Imperatori, *Performance, pratiche di valutazione e trasparenza: la prospettiva organizzativa*, in Garilli-Napoli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 174 e segg.

essere differente, concentrando tutte le discipline in un'unica fonte normativa².

Tant'è che l'interprete dovrà continuare a cimentarsi con il doppio binario normativo, al cui interno le norme si rincorrono mediante la tecnica del rinvio dinamico da un testo all'altro, con ciò penalizzando l'esigenza di organicità e di sistematicità della disciplina del pubblico impiego.

Del sistema di valutazione instaurato nel 2009 negli anni successivi alla sua istituzione, è stata data attuazione solo a quelle previsioni per le quali non era necessario uno stanziamento di natura economica destinato a remunerare la retribuzione accessoria legata alla *performance* individuale.

E pertanto la riforma ha sì generato un processo di cambiamento nel paradigma della valutazione dell'attività delle P.A. (si vedano i siti istituzionali in cui si rendicontano tutte le attività relative al ciclo delle *performance*), seppure a questo processo sia proprio venuto a mancare il carburante necessario per azionare il motore della valutazione effettiva del merito: cioè la leva finanziaria.

I fatti sono noti, ci si riferisce in particolare al cosiddetto *wage refreeze* provocato dalla crisi economica globale e dal conseguente blocco della contrattazione collettiva³, da cui come effetto a catena è conseguita la paralisi del sistema di misurazione della *performance* individuale, e in particolare dell'attuazione della norma che di quel sistema era la "punta di diamante", cioè l'art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, con le sue "gabbie di merito".

Tuttavia, a fronte di ragioni di natura contingente, a far naufragare il sistema della *performance* sono intervenute anche motivazioni di natura più strettamente politico-giuridica.

A causa dell'eccessiva rigidità della disciplina unilateralmente disposta dal legislatore, che aveva ritagliato alla contrattazione collettiva un ruolo esiziale, sono state sollevate nei confronti della nuova disciplina autorevoli critiche e si erano ipotizzati profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 36 e 39 Cost.⁴

Il complesso intreccio di queste ragioni ha condotto il legislatore, già dagli anni successivi all'entrata in vigore della disciplina, a intervenire per modificarne alcuni aspetti e per adattarne i contenuti alle esigenze tecnico-applicative (si tratta delle modifiche apportate con il D.Lgs. n. 141/2011, con il D.Lgs. n. 33/2013 e con il D.P.R. n. 105/2016)⁵.

All'interno di questo processo di revisione, o meglio di adeguamento permanente, un ruolo promotore lo hanno rivestito anche le confederazioni sindacali. L'esigenza di una sterilizzazione del sistema delle fasce di merito nasce

proprio nell'ambito dell'"Intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro nel pubblico impiego", stipulata dalle confederazioni sindacali (eccetto la CGIL) e il Governo, il 4 febbraio 2011.

Tuttavia, data la natura contrattuale della clausola, e quindi la sua scarsa efficacia sul piano del rapporto tra le fonti, il legislatore ha avallato questa opzione nell'ambito del D.Lgs. n. 141/2011, il cui art. 6, 1° comma, ha rinviato l'operatività del sistema di valutazione alla tornata contrattuale "successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009".

Il seguito di questo percorso è dato dal blocco perdurante della contrattazione, che ha visto una ripresa solo a seguito della sentenza della Corte cost. n. 178/2015 e la cui stipulazione, nel momento in cui si scrive, è ancora in corso di definizione.

Esiste tuttavia un canovaccio rispetto al quale è presumibile che le parti sociali si adegueranno e che è dato dall'"Intesa governo-sindacati per il rinnovo dei contratti pubblici siglata il 30 novembre 2016.

Il D.Lgs. n. 74/2017 si colloca in questo tellurico contesto⁶, ed è attuativo di quella parte della legge delega – per il riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche – specificamente dedicata ai principi e criteri direttivi indicati analiticamente in un elenco di cui all'art. 17, 1° comma, lett. r).

La delega risulta abbastanza puntuale quanto alle finalità che il governo si prefigge di raggiungere, tuttavia le "ambiziose" mete indicate sono troppo generiche per offrire spunti sul "come" realizzare gli obiettivi; diventa così arduo poter esercitare *ex post* un controllo di effettività tra intenzioni del legislatore ed esercizio della delega da parte del governo⁷.

Di eccessiva vaghezza si connotano, infatti, sia il riferimento alla "semplificazione" sia quello al "potenziamento dei processi di valutazione indipendente del livello di efficienza e qualità dei servizi (...), anche mediante il ricorso a standard di riferimento e confronti".

Sorgono dei dubbi su uno sconfinamento della delega per il ruolo che assume la contrattazione collettiva nell'individuazione dei criteri per la differenziazione delle valutazioni. Sebbene, su questo punto, la scelta normativa si mostri coerente con il nuovo assetto complessivo delle relazioni industriali emerso a seguito della sottoscrizione dell'"Intesa del 30 novembre 2016, nel cui ambito viene rivisitato dal legislatore proprio il rapporto tra le fonti di cui all'art. 2, 2° comma⁸.

² Così peraltro suggeriva lo stesso art. 16 della L.D. n. 124/2015, secondo cui il decreto predisposto dal Governo avrebbe dovuto assumere la veste di un testo unico, sul punto cfr. Garilli, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in *questa Rivista*; nonché D'Alessio-Zoppoli, *Riforma della Pubblica Amministrazione: Osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in *Astrid Rassegna*, *www.astrid.it*, 5, 2017, 3.

³ Viscomi, *Lavoro pubblico: cose fatte, disfatte e da fare*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 198 e segg.; Tronti, *La ripresa della contrattazione nel pubblico impiego. Presupposti finanziari e presupposti politici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 155 e segg.

⁴ Napoli, *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in *La terza riforma del lavoro pubblico tra*

aziendalismo e autoritarismo, cit., 5 e Garilli, *Il tormentato percorso della privatizzazione*, *ibid.*, 24.

⁵ Bellavista, *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico*, *ibid.*, 580 e segg.

⁶ Barbieri-Bellavista, *Introduzione. Una riforma senz'anima*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 473 e seg.; Viscomi, *La riforma dell'amministrazione del governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, I, 483 e segg.

⁷ Cfr. Parere Cons. di Stato, 24 febbraio 2016, n. 515, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Barbieri-Bellavista, *Introduzione. Una riforma senz'anima*, cit., 475, parlano di "laconicità del legislatore delegante".

⁸ Per le osservazioni su un eccesso di delega si rinvia a Garilli, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in *questa Rivista*.

Con riguardo alla parte della delega in materia di valutazione e misurazione della *performance* dell'attività della P. A., già dai principi direttivi si evince come il legislatore non abbia inteso avviare una contro-riforma con modifiche sostanziali all'impostazione data dalla riforma Brunetta, quanto piuttosto si tratti correttivi⁹, in cui si mantiene fermo il baricentro della valutazione intorno alle coordinate offerte dall'epistemologia aziendalistica¹⁰.

Il potenziamento del controllo di gestione degli OIV e l'affidamento della regia operativa al Dipartimento della Funzione Pubblica

Alla direttiva della delega riguardante la razionalizzazione e l'integrazione dei sistemi di valutazione, sembra rispondere quella parte del D.Lgs. n. 74/2017 che modifica i soggetti del processo di valutazione, nonché gli adempimenti di natura amministrativa attraverso i quali si articola il ciclo di gestione della *performance*.

Innanzitutto, rispetto alla previgente disciplina, l'esito dei corpuscolari interventi del 2017 ha determinato un'incoerenza in origine inesistente tra gli artt. 7, 2° comma, e 12, D.Lgs. n. 150/2009, tra i soggetti del processo di misurazione e di valutazione. Questi prima coincidevano nell'indicazione del legislatore, mentre nell'attuale versione il quadro a livello sistematico è difficilmente ricomponibile. Da una parte, la funzione di misurazione e di valutazione della *performance* è affidata agli OIV, ai dirigenti, e ai cittadini (art. 7, 2° comma, dove è stato eliminato il riferimento alla CIVIT), mentre secondo l'art. 12, i soggetti del processo di valutazione sono il Dipartimento della funzione pubblica (che ha sostituito la CIVIT), gli OIV, l'organismo di indirizzo politico-amministrativo e i dirigenti. Questo mancato coordinamento delle due disposizioni magari non darà adito a difficoltà operative, tuttavia sul piano della tecnica legislativa adoperata dimostra una scarsa attenzione del legislatore alla coerenza complessiva tra le norme. Il che, per un intervento che si propone l'obiettivo della semplificazione, appare quantomeno inusuale.

Anche nella nuova versione delle "Disposizioni generali" della disciplina del D.Lgs. n. 150/2009 si conferma la centralità del "ciclo" di gestione della *performance* nella misura in cui la sua realizzazione è *condicio sine qua non* per l'erogazione di premi, del trattamento retributivo accessorio legato alla remunerazione della *performance*, nonché per il riconoscimento delle progressioni economiche, dell'attribuzione di incarichi di responsabilità al personale e per il conferimento degli incarichi dirigenziali (art. 3, 5° comma, come modificato dall'art. 1, 1° comma, lett. b), D.Lgs. n. 74/2017). Per converso è altresì puntualizzato che la valu-

tazione negativa incida sia sulla responsabilità dirigenziale, sia ai fini dell'irrogazione del licenziamento disciplinare per insufficiente rendimento.

Tra le novità, oltre ad una più dettagliata individuazione degli obiettivi (che oggi si articolano in generali e specifici, cfr. art. 5, 1° comma)¹¹, in attuazione del criterio della delega rivolto ad accrescere l'indipendenza della valutazione, il D.Lgs. n. 74/2017 dispone un ampliamento delle attribuzioni degli OIV, titolari proprio del controllo strategico della *performance* delle amministrazioni.

La logica è quella adottata con il D.Lgs. n. 286/1999, con cui il legislatore aveva introdotto nel sistema pubblico gli organismi e le procedure di controllo interno (distinguendo un controllo di regolarità amministrativa e contabile; un controllo di gestione; una valutazione della dirigenza e un controllo strategico)¹²; sebbene, contrariamente a quello schema, la valutazione adesso si poggia sul confronto con gli standard riferibili alle risultanze delle attività di *benchmarking* svolte da agenzie esterne, e quindi non più in modo autoreferenziale (cfr. abrogazione 2° comma, art. 6, e inserimento comma 1° bis, art. 8, D.Lgs. n. 150/2009)¹³. Scelta questa che, se diverrà operativa, non può che essere apprezzata.

Agli OIV il nuovo assetto del D.Lgs. n. 150/2009 assegna un ruolo cardine nella gestione dei processi valutativi, attribuendogli poteri di controllo, di proposta (art. 14, 4° comma, lett. a) e di veto sull'intero sistema di misurazione e di valutazione, che viene adesso aggiornato annualmente "previo parere vincolante dell'organismo indipendente di valutazione" (art. 7, 1° comma, D.Lgs. n. 150/2009).

Analogamente, è sempre l'OIV che valida la Relazione annuale sulla *performance* dopo l'approvazione della stessa da parte dell'organo di indirizzo politico-amministrativo (artt. 10, 1° comma, lett. b), e 14, 4° comma, lett. c), seguendo le risultanze delle valutazioni realizzate con il coinvolgimento dei cittadini e degli utenti finali del servizio, nonché ove esistenti anche dei risultati derivanti dalle indagini svolte dalle agenzie esterne di valutazione (art. 14, comma 4° bis). E inoltre, gli organi di controllo interni, con la modifica apportata all'art. 4, 2° comma, lett. f), diventano i destinatari degli obblighi di rendicontazione dei risultati del ciclo di gestione della *performance*.

Tra gli strumenti attribuiti agli OIV per potenziarne l'efficacia dell'azione di controllo si segnala un ampio potere ispettivo dell'attività svolta dall'amministrazione di riferimento sia all'interno dei luoghi "virtuali" quali i sistemi informativi (compreso il sistema di controllo di gestione) sia nei luoghi fisici all'interno delle sedi istituzionali. Rispetto a questi ultimi, l'OIV può agire in collaborazione con gli

⁹ Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 621.

¹⁰ L. Zoppoli, *L'impiego pubblico tra riforme urgenti (e serie), riforme apparenti (e inutili) e svalutazione del lavoro*, in *Economia e società regionale, Ripartire dal lavoro pubblico*, 1, 2016, 28 segg.

¹¹ Cfr il *Dossier sulle Modifiche al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150, sul sistema di valutazione dei dipendenti pubblici*, marzo 2017, *Atto del Governo n. 391 art.17, L. 124/2015, Schede di lettura*, in <https://www.senato.it>.

¹² Il D.Lgs. n. 286/1999 è stato abrogato in alcune sue parti dall'art. 30, D.Lgs. n. 150/2009, ma resta in larga misura ancora vigente, senza che il legislatore si sia preoccupato di predisporre un adeguato

coordinamento. Il legislatore del 2017 ha pure abrogato il 3° comma, dell'art. 7, D.Lgs. n. 150/2009, con cui alla lett. c) erano state previste le modalità di raccordo e di integrazione con i sistemi di controllo esistenti. Sono stati sostituiti i servizi di controllo interno, di controllo strategico e dei nuclei di valutazione previsti da tale legge con l'Organismo indipendente di valutazione delle *performance* (art. 14, D.Lgs. n. 150/2009). Battini-Cimino, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 278.

¹³ L. Zoppoli, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-63/2008.

organismi di controllo di regolarità amministrativa e contabile.

Per poter efficacemente svolgere questo ruolo, il legislatore ha anche attribuito all'OIV ampi poteri di accesso ai documenti in possesso delle amministrazioni, le quali, seppur nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali, dovranno dare corso alle richieste degli OIV "senza ritardo" (art. 14, comma 4° *ter*).

Altro elemento di novità riguarda il momento genetico di costituzione dell'organismo. Con l'introduzione dell'art. 14° *bis*, in cui il legislatore descrive analiticamente la procedura di composizione dell'OIV, è istituito un Elenco nazionale dalle cui liste l'organo di indirizzo politico-amministrativo effettuerà la nomina, previa procedura selettiva pubblica, dei componenti dell'OIV¹⁴.

Un ruolo di coordinamento delle attività per la costituzione e la composizione degli OIV viene però assegnato al Dipartimento della funzione pubblica, che dovrà assicurarne la correttezza e definirne i criteri (art. 14, 1° comma, 2° *bis*, 2° *ter*, come modificati dall'art. 11, lett. a) e b), D.Lgs. n. 74/2017).

Sul versante delle attività di controllo, l'OIV, tra i compiti più rilevanti, è incaricato non solo della misurazione e della valutazione della *performance* di ciascuna amministrazione nel complesso, ma anche della proposta all'organo di indirizzo politico-amministrativo della valutazione annuale e di attribuzione dei premi di cui al titolo III, dei dirigenti di vertice.

Peraltro, al fine di garantire la correttezza del sistema di valutazione, il legislatore del 2017 ha affidato all'OIV anche la verifica della effettiva differenziazione dei giudizi operata dai dirigenti nell'ambito dei loro poteri di valutazione del personale (artt. 7, 2° comma, lett. a), 14, 4° comma, lett. e) e d), 9, 1° comma, lett. d), ampliando così ulteriormente la sua sfera di poteri di controllo sul processo di valutazione (su cui *infra* paragrafi successivi)¹⁵.

Accanto al ruolo dell'OIV, nel complesso processo di misurazione e di valutazione, il legislatore conferma i poteri della dirigenza nei confronti dei dipendenti e introduce in via istituzionale anche il diritto di *voice* ai cittadini, attraverso il duplice canale di rilevazione delle opinioni sul grado di soddisfazione in relazione alle attività e ai servizi erogati e di comunicazione diretta con l'OIV, secondo le modalità da questo previste (art. 19 *bis*, D.Lgs. n. 150/2009).

Scompare del tutto il ruolo della CIVIT, le cui funzioni erano state già incardinate presso l'ANAC e poi transitate al Dipartimento della funzione pubblica (dapprima con il

D.L. n. 90/2014, convertito in L. n. 114/2014, poi con il D. P.R. n. 105/2016 e ora con la modifica dell'art. 12, lett. a), D.Lgs. n. 150/2009)¹⁶, che vede così definitivamente consacrato il suo ruolo di soggetto promotore e coordinatore del sistema di misurazione e di valutazione. L'ANAC, in ogni caso, si conferma quale soggetto istituzionale in posizione di indipendenza, al quale però sono attribuiti solo compiti inerenti alla trasparenza e l'integrità (art. 13, D. Lgs. n. 150/2009).

Si può quindi sostenere che il Dipartimento della Funzione pubblica rappresenta la "cabina di regia" del sistema di misurazione, mentre agli OIV compete il ruolo centrale nella valutazione della *performance*: collocandosi in due momenti strutturali diversi del ciclo, il primo sovrintende le fasi di impulso del sistema coordinandone ruoli e funzioni, mentre il secondo interviene a valle per verificare che il ciclo si svolga correttamente secondo le direttive impartite dal Dipartimento¹⁷.

Quest'ultimo, peraltro, definisce "appositi modelli" sulla base dei quali sarà predisposta la valutazione della *performance* organizzativa (art. 8, comma 1° *bis*).

In questa prospettiva è proprio a tali indirizzi e a tali modelli che anche gli OIV faranno riferimento per verificare l'andamento delle *performance* rispetto agli obiettivi assegnati a ciascuna amministrazione.

Dal quadro delineato sembra che il legislatore ritenga che, una volta adottato il modello, la strada del *quomodo* del ciclo si realizzi meccanicamente seguendo l'adempimento procedurale dato dalle direttive impartite dalla Funzione pubblica.

A conferma di ciò sovviene anche la disposizione di cui all'art. 14, 4° comma, lett. f), in base alla quale l'OIV è responsabile della corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica sulla base del decreto adottato ai sensi dell'art. 19, 10° comma, D.L. n. 90/2014.

Inoltre, nell'ambito della sua attività di monitoraggio dell'andamento della *performance*, è compito dell'OIV, nel caso di un eventuale scostamento dagli obiettivi assegnati, in fase di svolgimento del processo, segnalare all'organo di indirizzo politico-amministrativo i correttivi da apportare alle azioni intraprese, e ciò anche in presenza di "eventi imprevedibili tali da alterare l'assetto dell'organizzazione e delle risorse a disposizione dell'amministrazione" (art. 6, 1° comma). Qui la modifica è davvero significativa, perché questa funzione era prima assegnata all'organo di indirizzo politico-amministrativo con il supporto dei dirigenti, mentre adesso anche a questa funzione sovrintende l'OIV,

¹⁴ Nel testo dell'articolo sono precisati i criteri selettivi per la nomina dei componenti, nonché gli obblighi di aggiornamento professionale e di formazione continua degli stessi; sul punto si veda anche quanto previsto in origine dal D.M. del 2 dicembre 2016. Ruffini, *Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche alla D.Lgs. n. 150/2009*, in Bianco-Boscato-Ruffini (a cura di), *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 173 e segg.; "(...) è stata re-inserita, sebbene con una formulazione parzialmente diversa, la norma sulla durata in carica dei componenti degli organismi indipendenti di valutazione (precedentemente abrogata con D.P.R. n. 105/2016), stante la necessità di mantenere la disciplina in una fonte di rango primario», cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto del 23 febbraio 2017*, in <http://documenti.camera.it/apps/nuovovisito/attigoverno/Schedalavori>.

¹⁵ Con il D.P.R. n. 105/2016, era già stato abrogato il 5° comma dell'art. 14, che riguardava il compito dell'OIV di curare annualmente indagini sul personale dipendente per rilevare il livello di benessere organizzativo.

¹⁶ Già con il D.P.R. n. 105/2016 (art. 8), i compiti dell'Autorità erano stati limitati all'adozione delle Linee guida per la predisposizione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità, alla definizione di un programma di sostegno a progetti innovativi e sperimentali per il miglioramento della *performance*, etc.

¹⁷ Cfr. artt. 3, comma 2°, e 7°, comma 2° *bis*, D.Lgs. n. 150/2009. In particolare, l'art. 3, D.P.R. n. 105/2016 individua dettagliatamente le modalità e gli obiettivi con i quali il Dipartimento svolge le funzioni di coordinamento e di indirizzo assegnate.

con evidenti ricadute sul piano più strettamente gestionale¹⁸.

Queste le innovazioni, ma al fondo dell'analisi resta una perplessità. Davvero il legislatore è riuscito nell'intento espresso dalla delega di semplificare le procedure e accrescere l'indipendenza della valutazione?

Invero la semplificazione non può considerarsi un obiettivo raggiunto¹⁹, perché il sistema complessivo che emerge dal quadro appena delineato si fonda forse più di prima su un'analitica descrizione delle competenze dei vari soggetti che intervengono nel processo di misurazione e di valutazione e in generale su un'iper-regolamentazione delle stesse procedure, tracciando un dedalo di adempimenti formali intessuti tra loro in una trama non facilmente districabile.

Anche nella seconda direzione, l'indipendenza, il governo non sembra aver centrato il *target*. Se per un verso è vero che il D.Lgs. n. 74/2017 ha ridotto i margini di intervento dell'organo di indirizzo politico, rafforzando il ruolo degli OIV e implementando il confronto con l'esterno, per altro verso ha convogliato i poteri, prima affidati ad un'autorità indipendente, nel Dipartimento della funzione pubblica, che è sempre un organo di natura politica.

Ciò che desta notevoli perplessità è proprio l'interazione funzionale tra quest'ultimo e gli OIV, avvalorata dall'apporto del Dipartimento della funzione pubblica al momento genetico dell'istituzione degli OIV (art. 14, 1° comma), e dalla possibilità di valutare l'opportunità di istituire Organismi in forma associata tra più pubbliche amministrazioni (art. 14, comma 2° *ter*).

In fase di rendicontazione, poi, l'OIV è tenuto a comunicare tempestivamente le criticità riscontrate oltre che ai competenti organi interni di governo ed amministrazione, anche alla Corte dei conti e al Dipartimento della Funzione Pubblica (art. 14, 4° comma, lett. c).

In ultimo, a chiosa dell'intero sistema di valutazione, ritorna al Dipartimento il ruolo di supervisore del valutatore, perché secondo l'ult. comma dell'art. 14 *bis*, premesso che le nomine e i rinnovi dei componenti degli OIV sono nulli in caso di inosservanza delle prescrizioni di cui agli artt. 14 e 14 *bis*, il dipartimento della Funzione pubblica segnalerà alle amministrazioni interessate l'inosservanza di tali disposizioni.

La direzione imboccata, cioè quella di un rafforzamento degli OIV, non può dirsi contestabile, perché il mantenimento dell'esistente sistema di controllo interno strategico e di gestione, apportando le modifiche necessarie ad un funzionamento più imparziale della valutazione, avrebbe consentito di preservare quanto già si era finora fatto di positivo. Sennonché, la scelta di investire il Dipartimento della Funzione Pubblica di un potere di controllo genetico, strutturale e di supervisione sugli organismi di valutazione non sembra altrettanto coerente con l'obiettivo posto dalla

delega, perché la sua natura politica non ne garantisce l'imparzialità dell'agire²⁰.

Questo rappresenta un grave *vulnus* del sistema valutativo, che nonostante la sua complessità di stampo tecnocratico, ruota intorno ad un processo circolare in cui permangono ancora troppi punti di contatto tra politica e amministrazione²¹.

Peraltro, rimane il nodo irrisolto di chi valuta la dirigenza ordinaria, poiché mentre si conferma in capo all'OIV il compito di proporre all'organo di indirizzo politico la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione dei premi di cui al titolo III (art. 14, 4° comma, lett. e)²², nessuna indicazione è data con riferimento alla dirigenza non di vertice. E sebbene secondo i documenti del Senato "ai dirigenti di livello generale compete la misurazione e la valutazione della *performance* individuale dei dirigenti di livello non generale e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità"²³, sarebbe stato opportuno, in occasione della delega, rimediare e fare chiarezza anche su questo punto.

Il coordinamento temporale e funzionale degli adempimenti di programmazione

Tra le linee conduttrici della Riforma Madia si ritrova indicata la necessità di una "riduzione degli adempimenti in materia di programmazione anche attraverso una maggiore integrazione con il ciclo di bilancio".

Il D.Lgs. n. 74/2017 dà attuazione a questa parte della delega coordinando il varo del Piano delle *performance*, quale strumento di programmazione, con gli strumenti di programmazione di bilancio.

In realtà, sebbene il Piano delle *performance* non abbia natura tipicamente economica-contabile, è comunque il documento in cui vengono fissati gli obiettivi finali e intermedi dell'amministrazione, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance* e gli obiettivi con i relativi indicatori assegnati al personale dirigenziale.

Durante la prima fase di applicazione della disciplina, tuttavia, le amministrazioni non hanno ben accettato l'eccessiva proliferazione di adempimenti di natura programmatica, e destava in particolare notevoli perplessità di natura applicativa l'indicazione – contenuta nell'art. 10, 1° comma, lett. a), – che il Piano della *performance* fosse da adottare in coerenza con i contenuti e il ciclo della programmazione finanziaria e di bilancio, senza però che rispetto a tale prescrizione di carattere indicativo fossero predisposti opportuni strumenti di coordinamento.

A questa incoerenza ha posto rimedio il D.Lgs. n. 74/2017 che ha reso possibile un coordinamento del Piano delle *performance* con gli strumenti di bilancio, al netto

¹⁸ Ruffini, *Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al D.Lgs. n. 150/2009*, cit., 155.

¹⁹ D'Alessio, *Il nuovo statuto della funzione pubblica nella legge delega n. 124 del 2015: la dirigenza*, in *Ist. Fed.*, 3, 2015, 619.

²⁰ D'Alessio, *Il nuovo statuto della funzione pubblica nella legge delega n. 124 del 2015: la dirigenza*, cit., 621.

²¹ Monda, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Torino, 2016, 274 e segg.

²² Con l'introduzione di un nuovo comma (comma 1° *bis* dell'art.

9), è stato precisato che la valutazione dei dirigenti di vertice è collegata al raggiungimento di specifici obiettivi, definiti nel contratto individuale e degli obiettivi individuati nella direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione, nonché nel Piano della *performance*.

²³ Cfr. *Dossier sulle Modifiche al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150, sul sistema di valutazione dei dipendenti pubblici*, marzo 2017, cit., 17.

tuttavia delle differenze che permangono tra le amministrazioni dello Stato e le altre amministrazioni²⁴.

Per quanto riguarda il Piano della *performance* delle amministrazioni statali, l'art. 10, comma 1° *ter*, oltre a ribadire il termine per la presentazione al 31 gennaio, stabilisce che venga predisposto a seguito della presentazione alle Camere del documento di economia e finanza e che sia adottato in coerenza con le note integrative al bilancio di previsione o del piano degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio, così consentendo che le pubbliche amministrazioni possano coordinare i documenti di programmazione in termini sia di contenuti sia di tempi di predisposizione.

Con riferimento alla specifica situazione delle amministrazioni degli Enti Locali, delle Regioni e della Sanità, già dopo l'entrata in vigore della Riforma Brunetta si era posta la necessità di un coordinamento tra i diversi strumenti di programmazione. In particolare, in seguito ad un accordo tra ANCI e CIVIT, si era previsto che il Piano della *performance* confluisse nel PEG; tale previsione è poi stata recepita all'interno dell'art. 169 TUEL, dopo la modifica apportata con il D.Lgs. n. 118/2011. Coerentemente a questo quadro, oggi l'art. 10, comma 1° *bis*, prevede che la Relazione sulla *performance* sia unificata al rendiconto di gestione ai sensi dell'art. 227 TUEL.

L'estensione soggettiva dell'area della responsabilità per la mancata adozione dei documenti della *performance*

Il 5° comma dell'art. 10, D.Lgs. n. 150/2009, come modificato dall'art. 8, 1° comma, lett. e), D.Lgs. n. 74/2017, rappresenta la norma di chiusura del sistema documentale della *performance*, stabilendo le conseguenze sanzionatorie in caso di mancata adozione del Piano triennale e della Relazione annuale sulla *performance*.

La versione originale, mantenuta nella prima parte dell'enunciato normativo, nell'ipotesi di mancata adozione del Piano, sanziona i dirigenti che vi abbiano concorso "per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti" con il divieto di erogazione della retribuzione di risultato in loro favore, nonché in generale con il divieto per l'amministrazione di riferimento di procedere in questo caso ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione.

Con la modifica del 2017, il legislatore ha aggiunto una seconda ipotesi di infrazione, e una conseguente sanzione.

Stavolta si tratta del caso in cui la mancata adozione del Piano o della Relazione sia dipesa da omissione o inerzia dell'organo di indirizzo politico-amministrativo. Di primo acchito, la responsabilità quindi sembra essere amministrativa.

La formulazione del disposto normativo, tuttavia, è equivoca, sia per la costruzione logica del periodo sia per le implicazioni di carattere generale sul sistema delle responsabilità legate all'incarico dirigenziale.

Innanzitutto non è chiara la definizione della fattispecie, perché l'inadempimento che si intende sanzionare è quello dell'organo di indirizzo politico amministrativo che con la sua inerzia (o omissione) ha impedito la definizione del

Piano triennale o della Relazione annuale; senonché la sanzione non è esplicitata ma si desume dal complesso di norme che collegano in senso biunivoco lo sviluppo del ciclo della *performance* all'erogazione dei trattamenti accessori: cioè la mancata adozione del Piano o della Relazione, che sono i documenti attorno ai quali si costruisce l'intero sistema della valutazione, rende inoperante il sistema premiale (art. 3, 5° comma, D.Lgs. n. 150/2009).

Da qui, la fattispecie sanzionatoria assume un'altra configurazione *per saltum* di un passaggio logico, dacché se nonostante la mancata adozione del Piano (stavolta non si fa più riferimento alla Relazione) il titolare dell'organo inadempiente proceda ugualmente alla distribuzione delle risorse premiali, questi sarà perseguibile a titolo di responsabilità amministrativa.

La fattispecie sanzionata allora non è la mancata adozione del Piano o della Relazione in sé considerata, ma l'erogazione dei trattamenti premiali in assenza della presentazione del Piano della *performance* che a questo è strettamente vincolata. Pertanto, la responsabilità amministrativa dell'organo politico si costruisce sulla scorta di una condotta caratterizzata da più atti concatenati tra loro, in una formazione progressiva, non essendo sufficiente che si realizzi solo la prima parte della condotta.

A tal proposito sorge un altro dubbio sulle conseguenze applicative di tale costruito giuridico, giacché l'organo di indirizzo politico amministrativo potrebbe non adottare il Piano, e conseguentemente, per non incorrere in responsabilità amministrativa, potrebbe decidere di non erogare i trattamenti accessori legati alla misurazione della *performance*.

Così definita la fattispecie resterebbe incompleta ai fini della configurazione della responsabilità dell'organo amministrativo, la cui fonte si rintraccia nell'art. 10, 1° comma, lett. a), nella parte in cui, a seguito dell'intervento del legislatore del 2017, attribuisce proprio a questo in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, la definizione del Piano della *performance*. Rispetto alla formulazione precedente, in cui non era specificato a chi spettasse la redazione del documento (anche se si poteva ricavare indirettamente dall'art. 15, 2° comma, D.Lgs. n. 150/2009), adesso la distribuzione delle competenze è più definita.

Da qui si identificano le relative responsabilità, ma non in modo speculare tra dirigenti e organi politici.

Solo i primi, infatti, saranno sanzionati *sic et simpliciter* se si mostreranno responsabili (per inerzia o omissione) della mancata adozione del Piano, mentre i secondi lo saranno solo se, nonostante la mancata adozione del Piano, procederanno ugualmente all'erogazione dei "premi" di cui al titolo III.

Senonché, non è chiaro un altro elemento della fattispecie, perché il legislatore sembra ignorare che gli unici soggetti responsabili dell'erogazione dei trattamenti accessori sono i dirigenti (art. 45, 4° comma), e che per altro verso compete alla contrattazione collettiva integrativa lo stanziamento delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori (art. 45, comma 3° *bis*).

Non si comprende pertanto come possa l'organo di go-

²⁴ Ruffini, *Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al D.Lgs. n. 150/2009*, cit., 164.

verno politico contribuire ad integrare la fattispecie da sanzionare, se non dispone delle competenze necessarie per azionare i relativi poteri, che invece spettano a chi nell'ambito del pubblico impiego esercita i poteri manageriali privatistici, differenziando gli incrementi in base ai parametri di misurazione e di valutazione della *performance*, cioè il dirigente.

L'unico adempimento di cui può rispondere l'organo politico è la mancata definizione del Piano, perché questa funzione gli è specificamente attribuita ex art. 10, 1° comma, lett. a), ed ex art. 15, 2° comma, D.Lgs. n. 150/2009 (articolo dedicato esclusivamente alla responsabilità dell'organo di indirizzo politico amministrativo).

Per tutto ciò che consegue dalla mancata adozione del Piano, e quindi anche la distribuzione delle risorse legate alla *performance* e i premi di cui al titolo III, le relative responsabilità sono da imputare al dirigente.

Una lettura coerente della norma potrebbe spiegare la responsabilità amministrativa dell'organo di indirizzo politico in modo indiretto, nel senso che questo sarà ritenuto responsabile per la mancata adozione del Piano solo nel caso in cui il dirigente abbia disposto degli strumenti per premiare il merito e la professionalità dei dipendenti.

Allora qui si sovrapporrebbero due tipi di responsabilità, la prima quella dell'organo politico, la cui origine è proprio nell'art. 10, 5° comma, e la seconda è quella del dirigente che avrebbe distribuito le risorse in assenza del Piano, in violazione dell'art. 3, 5° comma, e la cui fonte di responsabilità sarebbe l'art. 45, comma 3° bis.

La fattispecie che se ne desume è alquanto atipica e meglio avrebbe fatto il legislatore a prevedere una forma di responsabilità del soggetto politico direttamente legata alla mancata adozione del Piano, il cui inadempimento, inoltre, avrebbe causato il blocco di tutto il sistema premiale, con la conseguente illegittimità degli atti dirigenziali di erogazione dei benefici di cui al titolo III.

L'ultima parte della norma stabilisce infine che, in caso di ritardo nell'adozione dei documenti, l'amministrazione è onerata di una comunicazione tempestiva che renda note le ragioni del ritardo al Dipartimento della Funzione pubblica.

Anche in questo caso, sebbene fosse auspicabile che il legislatore prevedesse in modo specifico una forma di responsabilità in capo ai soggetti imputabili del ritardo, v'è da ritenere che ci sia stato l'intento di non irrigidire troppo le procedure sui tempi di consegna dei documenti delle *performance*, richiedendo però all'amministrazione, e quindi ai dirigenti, il solo onere di "giustificare", motivandolo tempestivamente, il ritardo nell'adozione del Piano o della Relazione.

Complessivamente, emerge un quadro che non risolve i dubbi del passato, mantenendo un'aurea di "irresponsabilità" della politica per la mancata adozione dei documenti portanti del sistema di valutazione e accollando al dirigente una sorta di responsabilità oggettiva, per eventi rispetto ai quali non gli è conferito alcun potere co-decisionale²⁵.

La *performance* organizzativa, baricentro del sistema di valutazione, *versus performance* individuale

Il collegamento instaurato dalla riforma del 2009 tra il sistema della misurazione e della valutazione della *performance* e la distribuzione delle risorse premiali rappresenta la realizzazione del principio meritocratico, quale corollario dei principi di buon andamento e di imparzialità della P.A. di cui all'art. 97 Cost.²⁶.

Il legislatore del 2017 conferma anche in questo caso lo schema originario, apportando dei correttivi mirati al perfezionamento del sistema complessivo, in attuazione del principio di delega con cui si richiedeva al governo di sviluppare "sistemi distinti per la misurazione dei risultati raggiunti dall'organizzazione e dei risultati raggiunti dai singoli". L'intento è apprezzabile, perché valorizzando la *performance* organizzativa perde centralità l'assioma secondo cui a migliori *performance* individuali segue un aumento della produttività complessiva del servizio; assioma peraltro negato anche dalle esperienze dell'organizzazione aziendale. Per converso, la direzione imboccata dal governo si è incentrata su modifiche relative la posizione dei dirigenti, considerandoli i gangli del sistema complessivo di valutazione. La norma di riferimento è l'art. 9, come modificato dall'art. 7, 1° comma, lett. a-d), D.Lgs. n. 74/2017.

Con riguardo alla dirigenza semplice, e ai responsabili di unità organizzative in posizione di autonomia e di responsabilità, la novità più di rilievo, ai fini della valutazione, è stata l'attribuzione di un valore prevalente nella misurazione e nella valutazione della *performance* individuale, agli indicatori di *performance* relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità nonché ai "comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate" (art. 9, 1° comma, lett. c).

Per differenziare ulteriormente la posizione della dirigenza apicale di cui ai commi 3° e 4° dell'art. 19, D.Lgs. n. 165/2001, il legislatore ha previsto che in questo caso il sistema di valutazione sia direttamente collegato alla modifica apportata alla differenziazione degli obiettivi, individuando quale parametro di misurazione della *performance* dirigenziale proprio il "raggiungimento degli obiettivi individuati nella direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione e nel Piano della *performance*, nonché di quelli specifici definiti nel contratto individuale" (art. 9, comma 1° bis).

Nulla cambia, invece, con riferimento alla misurazione e alla valutazione svolta dai dirigenti nei confronti del personale alle loro dipendenze. Anche se in questo caso la direttiva che emerge sia nell'ambito dell'Intesa governo-sindacati del 2016 sia dalla modifica apportata all'art. 14, 4° comma, lett. d), è quella della "differenziazione" dei giudizi e in generale della valutazione, a cui deve poi corrispondere "un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati" (art. 19, D.Lgs. n. 150/2009).

Sebbene il legislatore abbia apportato dei correttivi al sistema, è ancora troppo vago il rinvio agli obiettivi indivi-

²⁵ Garilli, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in questa Rivista, 2010, 12, 2715 e segg., secondo cui in questi casi sarebbe stato opportuno sperimentare una forma di commissariamento.

²⁶ Tra le più recenti, valorizzano il rapporto di natura costituzio-

nale tra valutazione e risultati Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351, Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34 e Corte cost., 25 luglio 2011, n. 246, in www.cortecostituzionale.it; in dottrina, Borgogelli, *La fatica di Sisifo: la ricerca delle regole sulla valutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 534.

duali, quale elemento necessario di valutazione della dirigenza ordinaria. E sembra eccessivamente astratto il rinvio all'attuazione di politiche e il conseguimento di obiettivi collegati ai bisogni e alle esigenze della collettività", introdotto dall'art. 6, 1° comma, lett. a), D.Lgs. n. 74/2017, all'art. 8, 1° comma, lett. a), per poter affermare che la riforma abbia superato le critiche mosse al sistema previgente in relazione alla genericità degli obiettivi assegnati.

La persistente mancanza di queste indicazioni può inficiare le possibilità di un effettivo sistema di responsabilità dirigenziale, poiché non garantisce il corretto instaurarsi del nesso logico-giuridico tra obiettivi e valutazione.

Peraltro, il rinvio alla "performance generale della struttura" resta ancora oggi un parametro indeterminato, non potendo identificare nel pubblico impiego indicatori analoghi a quelli del sistema privatistico che è invece *market oriented*.

Da questo quadro normativo, pertanto, non sembrano emergere elementi di rottura rispetto al passato, anzi i correttivi si muovono nella stessa direzione già tracciata nel 2009, consolidando quegli aspetti che rappresentavano punti di debolezza del sistema.

Sebbene, per contro, il legislatore abbia operato nella direzione di un perfezionamento della valutazione della performance organizzativa, attraverso la previsione di standard di certificazione più attendibili. Le valutazioni, infatti, sono predisposte sulla base di appositi modelli definiti dal Dipartimento della funzione pubblica che terrà conto delle esperienze di valutazione svolte da agenzie esterne (ove presenti) e degli esiti del confronto con i soggetti appartenenti alla rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche.

Tuttavia, a parte il rinvio alla performance organizzativa nella valutazione individuale del dirigente, non c'è altra traccia della volontà del legislatore di collegare la misurazione della performance individuale alla qualità del contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa in una logica più vicina alle scienze dell'organizzazione.

Nella direzione di mantenere una diversificazione del piano individuale da quello organizzativo, sembra deporre invece il mutato assetto delle competenze tra i soggetti della valutazione.

Adesso, mentre l'OIV è stato consolidato nel suo ruolo di "guardiano" del sistema complessivo, la valutazione individuale dei dipendenti è affidata esclusivamente al dirigente, che nell'esercizio dei suoi poteri gestori sovrintenderà prima l'attribuzione dei compiti ai singoli dipendenti, il coordinamento delle attività e infine il contributo individuale che ciascuno avrà apportato alla performance organizzativa. Di questa però lui resterà il responsabile e sarà a questa che verrà dato peso prevalente nella valutazione della sua performance individuale.

Le modifiche introdotte, seppur scarsamente incisive, inducono a ritenere che cardine del sistema sia la per-

formance organizzativa²⁷, rispetto alla cui attuazione concorrono tutti i soggetti del processo di misurazione e di valutazione; e che rappresenta anche il valore di riferimento per valutare il grado di soddisfazione degli utenti finali del servizio pubblico (art. 19 *bis*, e art. 8, 1° comma, lett. c) ed e), D.Lgs. n. 150/2009).

Per converso, il criterio della distinzione tra i due ambiti organizzativo e individuale non è stato seguito per le valutazioni negative. La performance individuale si conferma come il parametro della responsabilità dirigenziale e del licenziamento disciplinare del dipendente, ai sensi dell'art. 55 *quater*, 1° comma, lett. f *quinquies*), D.Lgs. n. 165/2001.

Con riferimento a quest'ultima fattispecie, il legislatore del 2017 ha riscritto la norma espungendo il rinvio alla generica "valutazione del personale" e precisando che l'insufficiente rendimento è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa e che è rilevato "dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio", resa a tali fini secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 5° *bis*, D.Lgs. n. 150/2009.

Tuttavia, mentre la misura dell'insufficiente rendimento è un dato soggettivo relativo alla reiterata violazione degli obblighi legali o contrattuali inerenti alla prestazione, la valutazione negativa della performance del dipendente non è detto che coincida con la violazione degli obblighi, ben potendo essere il riflesso di un più complessivo andamento negativo dell'intera organizzazione, in quanto riflesso di aspetti multidimensionali²⁸. Se pertanto sul primo aspetto possono rilevare solo i comportamenti contrattuali del dipendente, accertabili attraverso il riferimento alla singola prestazione di lavoro, nel secondo caso potrebbero rilevare anche profili attinenti al contributo individuale rispetto alla performance organizzativa, e questo potrebbe dipendere anche dalle capacità tecnico-organizzative del dirigente e dalle risorse da lui gestite.

La valutazione negativa della performance individuale, allora, dovrebbe caratterizzarsi per il mancato apporto alla performance organizzativa, che in sé è stata positiva e potrà rilevare, innanzitutto ai fini della distribuzione dei premi.

Tuttavia questa valutazione negativa, accertata attraverso parametri di riferimento oggettivi, se integrata da violazioni degli obblighi inerenti la prestazione, rileverà come una fattispecie di responsabilità complessa anche ai fini della configurazione dello scarso rendimento.

In questo modo le due fattispecie diventano sovrapponibili, anche se i presupposti da cui discendono sono diversi sul piano strutturale.

In un caso rileva il rapporto contrattuale e il parametro della diligenza per verificare l'esatto adempimento della prestazione²⁹, mentre sul piano della performance rileverà la capacità del dipendente di contribuire a produrre un risultato utile al raggiungimento degli obiettivi dell'amministrazione nel suo complesso³⁰.

²⁷ Seppur con le difficoltà legate a una sua misurazione, cfr. Tronti, *Risultati economici dell'azione pubblica e contrattazione collettiva. Un nesso necessario e possibile*, in Working paper ADAPT, 73, 2009, 10.

²⁸ Sartori, *La pubblica amministrazione alla prova della valutazione della performance: una sfida con molte incognite*, in Garilli-Napoli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, cit., 257.

²⁹ Monda, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, cit., 172 segg.

³⁰ Si vedano le condivisibili riflessioni critiche sulla tendenza allo sdoppiamento delle categorie giuridiche del legislatore nel pubblico impiego, confermata anche con questo intervento riformatore, di Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S.D.L.

Così, le due ipotesi potrebbero coincidere se dalla reiterata violazione degli obblighi discendesse causalmente anche la valutazione negativa, ma questo non è un assioma.

Ad ogni modo, il legislatore costruisce *per tabulas* un'ipotesi tipica di licenziamento disciplinare, rispetto alla quale devono concorrere entrambi gli elementi: la violazione reiterata degli obblighi rilevata con la valutazione costante negativa nel triennio.

Ancora oggi il legislatore non ha precisato in termini più strettamente contrattuali, quale sia esattamente l'area di debito del dipendente in relazione alla valutazione e alla misurazione della *performance* della sua prestazione di lavoro. Si tratta di una duplicazione dell'area del debito contrattuale del dipendente pubblico (una ai fini della *performance*, e quindi della retribuzione accessoria e una ai fini dell'adempimento ordinario della prestazione) ovvero è sempre la stessa dimensione contrattuale che rileva in modo assorbente anche rispetto alla nozione di *performance*?

Una spiegazione potrebbe rintracciarsi guardando alle diverse finalità che il legislatore assegna alla valutazione della *performance* individuale. Questa, in una prospettiva giuridica, si può qualificare come un aumento della produttività del dipendente rispetto all'adempimento standard, e si traduce pertanto in un "rilevante *quid pluris* rispetto all'ordinario risultato della prestazione"³¹. Dalla misurazione di tale adempimento in funzione degli obiettivi assegnati dalla strategia dirigenziale discende poi per espressa opzione legislativa, il diritto del dipendente alla retribuzione accessoria legata al merito individuale (art. 18, D.Lgs. n. 150/2009).

Tuttavia restano incerti i parametri ai quali il legislatore riferisce gli ambiti di misurazione e valutazione della *performance* individuale, ancorati al "raggiungimento di obiettivi di gruppo o individuali" e "alla qualità del contributo assicurato alla *performance* dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi"³². Il primo è un criterio di natura oggettiva ed è circolarmente ricollegato agli obiettivi della *performance* organizzativa, nel cui ambito il dirigente assegna prima le singole funzioni ai dipendenti, e poi le coordina anche sotto il profilo della strategia organizzativa. Il secondo parametro, invece, riguarda le qualità soggettive del dipendente e il modo attraverso cui questi realizza gli obiettivi di cui al primo punto.

È questo allora il fulcro della valutazione individuale, perché, non essendo sufficiente il mero raggiungimento degli obiettivi per avverare la condizione necessaria a far maturare il diritto del dipendente alla retribuzione accessoria, diventa indispensabile che tale evento sia confermato sul piano soggettivo individuale dalle "qualità" personali messe in campo dal dipendente, qualità che solo il dirigente sarà in grado di rilevare e di misurare, operando di conseguenza anche le differenziazioni tra i suoi collaboratori.

Resta inteso che tutto il sistema potrà diventare efficace solo se il dirigente procederà *in apicibus* nel senso di una chiara e ben distinta assegnazione degli obiettivi. E il legislatore del 2017 sembra rafforzare questa competenza del dirigente, nel momento in cui tra gli elementi di valutazione della sua *performance* ascrive anche il rinvio "ai comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate".

Nell'ipotesi di inesatta individuazione e distribuzione degli obiettivi tra i dipendenti il responsabile del mancato raggiungimento della *performance* organizzativa sarà il dirigente, ma in questi casi, nelle more della valutazione cui egli stesso è sottoposto e che avverrà a valle dell'incarico, i dipendenti si vedranno privati della parte della retribuzione accessoria legata alla loro prestazione qualificata, senza che ne abbiano colpa. Questa certamente rappresenta una falla dell'intero sistema della valutazione, che lega in modo biunivoco le competenze individuali del dirigente (e la sua capacità manageriale) con la retribuzione accessoria dei dipendenti. Senza tralasciare quanto possa ingenerare effetti perversi la circostanza che la valutazione riguardi indistintamente tutti i dipendenti, a prescindere dal livello di specializzazione e di autonomia delle mansioni ad essi assegnate, e quanto per altro verso il dirigente possa anche assegnare obiettivi irrealizzabili. In tutti questi casi, chi veramente sopporterà il costo del deficit di *performance* del dirigente, saranno i dipendenti, ai quali non si può escludere che in questi casi possa essere riconosciuta un'azione nei confronti del datore di lavoro per non aver garantito l'avveramento della condizione sospensiva per il riconoscimento della parte accessoria della retribuzione³³.

Si pensi, infine, ad una distribuzione degli obiettivi contestata da alcuni dipendenti perché sperequativa. Anche in questo caso il sistema non appronta alcuna *safety net* per il dirigente o per i dipendenti, dal momento che anche facendo riferimento ai documenti del sistema di misurazione e di valutazione di cui all'art. 7, D.Lgs. n. 150/2009, la scelta concreta dell'assegnazione degli obiettivi, è affidata al dirigente nell'esercizio delle sue competenze gestionali, mimando le caratteristiche del datore di lavoro privato, senza tuttavia possederne le effettive prerogative di autorevolezza e di flessibilità nell'utilizzo degli strumenti operativi.

Peraltro, i parametri che egli è tenuto a seguire nella distribuzione degli obiettivi sono dati dal perseguimento della missione istituzionale conforme alle direttive e ai modelli impartiti dal Dipartimento della funzione pubblica.

In realtà, si può ipotizzare, anche alla luce di un rafforzamento della sua posizione nell'ambito dell'intero sistema, che proprio gli OIV possano esercitare la competenza di segnalare ed eventualmente correggere in corso d'opera le disfunzioni da parte della dirigenza nell'assegnazione degli obiettivi (si veda in particolare l'art. 6, D.P.R. n. 105/2016,

E. "Massimo D'Antona".IT, 229/2014, 4 e 25, secondo cui "dall'analisi del contenuto del contratto di lavoro, là dove prende forma la nozione giuridica dell'adempimento e si modella, da un lato, attraverso la relazione concettuale con l'obbligazione contrattuale ed il suo oggetto; dall'altro, con l'assetto organizzativo del datore pubblico".

³¹ Corte conti, 2 agosto 2010, n. 487, Corte conti, 5 aprile 2013, n. 89 e Corte conti, 12 maggio 2010, n. 123, tutte in *www.cortedeconiti.it*.

³² Morciano-Cammarota, *Valutazione della performance, efficienza ed efficacia amministrativa. Note a margine del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Astrid Rassegna n.109/2010, www.astrid-online.it*, 2.

³³ Occhino, *Misurazione e valutazione della performance nel sistema delle responsabilità*, in *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, cit., 219.

che affida all'OIV il compito di “supportare l'amministrazione sul piano metodologico e verificare la correttezza dei processi di misurazione, monitoraggio, valutazione e rendicontazione della *performance* organizzativa e individuale”). Anche se in questo caso sorge il serio dubbio che una simile interferenza possa minare l'indipendenza del dirigente, dal momento che l'OIV non opera in modo del tutto autonomo rispetto al potere politico.

La revisione del paradigma delle “gabbie di merito” e la rideeterminazione del *bonus* delle eccellenze

Anche con riferimento all'abolizione delle gabbie di merito, l'intento perseguito dal legislatore del 2017 è pur sempre quello di un ripensamento del paradigma gestionale della P.A., da un modello giuridico-formale a uno aziendalistico-sostanziale, in cui seppur distinguendo gli ambiti e gli effetti dei diversi approcci epistemologici, emergono inevitabili intrecci e sovrapposizioni tra nozioni giuridiche e nozioni socio-organizzative³⁴.

A margine si percepisce la necessità di liberarsi dagli eccessi dogmatici di un'impostazione burocratizzata dell'attività amministrativa, ma al suo posto non si può dire che sia scelto un modello di efficienza gestionale analogo a quello del settore privato³⁵. Basti pensare agli aggravati procedimentali e documentali di cui sono stati onerati i dirigenti, senza che a tali imponenti adempimenti sia corrisposto un concreto aumento della qualità del servizio reso, né tantomeno del benessere organizzativo dei dipendenti stessi.

Il disegno del legislatore della legge delega, come visto, lungo il cammino si è arricchito di spunti provenienti dal mondo delle relazioni sindacali, che hanno contribuito all'inversione della rotta rispetto alla tendenza alla ri-legificazione manifestata con la Riforma Brunetta.

In questo solco, si inserisce anche la completa riscrittura dell'art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, con cui il legislatore ha definitivamente sgombrato il campo da qualsiasi riferimento a criteri predeterminati di classificazione del personale.

Se il ricorso alla “curva *gaussiana*” delle valutazioni³⁶ resterà solo un brutto ricordo per i dipendenti pubblici, per il sindacato – a cui era stato ritagliato un ruolo esiziale di intervento sulla distribuzione dei dipendenti in fasce – si riapre l'opportunità di intervenire in materia di assegnazione delle risorse.

La nuova formulazione della norma, dunque, ripristina nell'assetto delle fonti quell'equilibrato dosaggio tra fonte

legislativa e fonte collettiva che la Riforma Brunetta aveva sovvertito.

Ed è questo uno dei punti di svolta della riforma del 2017.

In un quadro unitario, la disposizione di questa norma, coerentemente alla riformulazione dell'art. 2, 2° comma, ult. parte, D.Lgs. n. 165/2001, consente di sostenere che il rapporto tra le fonti, in un'oscillazione pendolare nell'arco di un decennio, è stato ricomposto in un ordinato modello di derogabilità funzionale. Il legislatore del 2017, infatti, ripristina il ruolo dell'autonomia collettiva, seppur contenendolo nell'ambito delle materie ad essa specificamente assegnate dall'art. 40, 1° comma, D.Lgs. n. 165/2001³⁷, in modo coerente con la direttrice originaria della privatizzazione del pubblico impiego (seguita fin dai primi anni Novanta e mai espressamente rimessa in discussione, nonostante i tentativi di ri-regolazione del 2009). In realtà, le modifiche apportate al sistema di differenziazione del merito sono il precipitato legislativo dell'accordo tra governo e sindacati del 30 novembre 2016³⁸.

Già in quel testo, infatti, le parti assumevano l'impegno di natura politica di “individuare nuovi sistemi di valutazione che garantiscano un'adeguata valorizzazione delle professionalità e delle competenze e che misurino e valorizzino i differenti apporti individuali all'organizzazione. I contratti collettivi, nei limiti delle relative previsioni normative, disciplineranno criteri e modalità”³⁹.

In questo rinnovato scenario, si collocano i criteri per la differenziazione delle valutazioni, che seguendo il *mainstreaming* valoriale della precedente riforma, rappresentano l'antidoto di quelle prassi di distribuzione delle risorse ispirate a logiche egualitarie di cui era stata ritenuta responsabile la contrattazione collettiva integrativa⁴⁰, quando la carenza di meccanismi di misurazione e valutazione della produttività realmente efficaci e trasparenti lasciava ai sindacati l'assegnazione indistinta delle risorse economiche tra i dipendenti⁴¹.

Con riguardo all'attuale formulazione dell'art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, la modifica appare più come il tentativo di far rientrare nel sistema le confederazioni sindacali, piuttosto che un tassello di un quadro di riforma unitario del sistema di misurazione e di valutazione della *performance*.

La norma attribuisce alla contrattazione collettiva nazionale, in raccordo sinottico con l'art. 40, comma 3° *bis*, il ruolo di individuare la quota del trattamento economico accessorio legato alla *performance* finalizzato a remunerare la *performance* individuale e organizzativa e di determinare

³⁴ Corpaci, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, I, 473.

³⁵ Si veda il giudizio negativo espresso in ambito più specificamente aziendalistico sul modello di valutazione della riforma Brunetta e sulle modifiche apportate con la quarta riforma, Deidda-Gagliardo, *Fallimento e rinascita della valutazione delle performance nella prospettiva del valore pubblico: l'orizzonte della Riforma Madia*, in *Economia e società regionale, Ripartire dal lavoro pubblico*, 1, 2016, 38 e segg.

³⁶ Cimino, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, 31.

³⁷ Bellavista, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in *questa Rivista*.

³⁸ Sulle considerazioni critiche dello “scambio politico” frutto di

questo accordo si veda il testo di Zucaro, *Relazioni sindacali nel pubblico impiego: un ritorno al passato*, in *www.eticapa.it*, 23 febbraio 2017.

³⁹ Sul punto in dottrina si prospetta un eccesso di delega, in questo senso Garilli, *Breve storia di una riforma incompiuta*, cit.; D'Alessio-Zoppoli, *Riforma della Pubblica Amministrazione: Osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, cit.

⁴⁰ Per un'attestazione dell'inadeguatezza dei contratti collettivi a gestire gli strumenti di incentivazione cfr. Corte conti, *Relazione 2010 sul costo del lavoro pubblico*, in *www.cortedeiconti.it*.

⁴¹ Gargiulo, *La promozione della meritocrazia*, in Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 356.

i “criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi (...) corrisponda un’effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati”⁴².

Rispetto al passato, la norma appare più coerente sotto il profilo sistematico perché restituisce la materia della retribuzione alle competenze della contrattazione collettiva. Di recente, ciò ha trovato un’ulteriore conferma nella motivazione della Corte costituzionale n. 178/2015, secondo cui alla contrattazione collettiva nel pubblico impiego è stata assegnata dal legislatore una funzione perequativa sul piano delle retribuzioni, che non può essere più messa in discussione⁴³.

Con riguardo ai livelli di contrattazione, la nuova formulazione dell’art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, conferma l’individuazione della quota delle risorse da destinare al trattamento economico accessorio al livello nazionale, facendo *pendant* con quanto già consolidato con l’art. 40, comma 3° *quinquies*, secondo cui “La contrattazione collettiva nazionale dispone (...) le modalità di utilizzo delle risorse indicate all’articolo 45, comma 3 *bis*, individuando i criteri e i limiti finanziari entro i quali si deve svolgere la contrattazione integrativa”⁴⁴.

Da una lettura sistematica delle norme citate con il comma 3° *bis* dell’art. 40, D.Lgs. n. 165/2001, si evince come la contrattazione collettiva integrativa debba disporre di queste quote, stanziata in sede nazionale, in modo vincolato e funzionale ad assicurare “adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l’impegno e la qualità della *performance*, destinandovi, per l’ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati ai sensi dell’articolo 45, comma 3”⁴⁵.

Da una disamina coordinata dei testi normativi, adesso è al livello nazionale che in via esclusiva il legislatore affida il ruolo di sentinella del livello integrativo, che rimane sempre sotto tutela quanto allo stanziamento e alla distribuzione delle risorse. Viene così archiviato il ruolo di sorveglianza della contrattazione che era affidato alla legge in una prospettiva neo autoritativa con il rigido controllo delle “fasce di merito”, e oggi il sistema si autoregola al suo interno, attraverso meccanismi di “*accountability* endocontrattuale”⁴⁶.

Sennonché, la disciplina affida alla contrattazione nazionale anche un’altra funzione, che però sembra interferire con i poteri della dirigenza. Assegnare alla contrattazione collettiva il compito di fissare criteri idonei a far sì che alla differenziazione dei giudizi di cui all’art. 9, 1° comma, lett. d), corrisponda un’effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati, potrebbe generare, senza una distin-

zione ben definita *a priori*, un’invasione delle competenze manageriali e gestionali proprie del dirigente.

Si tratta, infatti, di una materia tipicamente organizzativa, e da cui discende una specifica responsabilità manageriale, nel caso in cui la distribuzione avvenga ignorando la differenziazione del merito individuale.

Su questo aspetto, lo stesso D.Lgs. n. 150/2009 precisa che, tra i parametri di valutazione della *performance* del dirigente (art. 9, 1° comma, lett. d), vada considerata anche la capacità di differenziazione dei giudizi dei suoi collaboratori. Da ultimo, il legislatore del 2017 ha disposto che questo criterio sia ripreso in sede di valutazione da parte dell’OIV per garantire la correttezza dei processi di misurazione e di valutazione.

È come se sulla diversificazione dei giudizi non ci si fidasse del dirigente, ritenendo pertanto opportuno affiancargli a monte la contrattazione di livello nazionale, nella fissazione dei criteri, e a valle il continuo monitoraggio dell’OIV.

Un primo dubbio sorge immediato, e riguarda proprio il livello contrattuale al quale questo compito è stato affidato, che è il livello nazionale, cioè il più distante dal centro decisionale e operativo del dirigente incaricato della valutazione del personale. Diverso sarebbe stato se il legislatore avesse individuato nel contratto integrativo il livello cui affidare questa competenza, perché qui durante le trattative il dirigente avrebbe potuto personalmente negoziare questi criteri, mettendo in campo il suo punto di vista come elemento di indirizzo gestionale e lasciando all’accordo la funzione di contenitore istituzionale della determinazione concreta dei parametri di valutazione⁴⁷.

In questo modo, oltre al *vulnus* inferto alla sfera dei poteri dirigenziali, il rischio è che il sistema proceda verso un’astrazione e una generalizzazione che non sarà funzionale ad un’efficace valutazione e misurazione della *performance*. E ciò del tutto in controtendenza rispetto alle direttive che emergono anche dal nuovo assetto, le cui novità depongono in modo univoco nel senso di un maggior livello di effettività e di corrispondenza tra obiettivi attesi e risultati individuali.

Inoltre, sotto il profilo più propriamente valutativo, ci si chiede se l’OIV potrà utilizzare questi criteri fissati dalla contrattazione collettiva per controllare l’operato del dirigente nella sua attività di differenziazione. La risposta affermativa condurrebbe come è evidente ad esiti paradossali, minando alle fondamenta proprio l’indipendenza e l’autonomia di chi dovrebbe rappresentare il datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Basti pensare che una situazione analoga, in ambito privatistico, sarebbe quanto meno fantasiosa.

Diretta conseguenza dell’abolizione del sistema delle fa-

⁴² Bellavista, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, cit.

⁴³ Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, 453 e segg.; Garilli, *Contrattazione e partecipazione nel nuovo assetto delle fonti di disciplina del lavoro nelle P.A.: quali prospettive dopo la terza riforma (e in attesa della quarta)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, I, 397 e segg.

⁴⁴ Bellavista, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa, in La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, cit., 423 e segg.

⁴⁵ Talamo, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.Lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria “d’estate”: ratio di una riforma*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, I, 757 e segg.

⁴⁶ Id., *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, I, 497 e segg.

⁴⁷ Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, I, 729 e segg.; Nicosia, *Le relazioni sindacali che verranno: riflessioni e questioni sul ruolo degli attori negoziali in sede decentrata nel disegno di riforma Renzi-Madia*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, I, 640.

sce è poi la modifica degli articoli in materia di merito e premi che sul quel sistema si fondavano.

In particolare, il legislatore del 2017 ha riscritto il 1° comma dell'art. 21, sull'attribuzione del *bonus* annuale delle eccellenze, e ha eliminato i rinvii alle fasce di merito dagli artt. 23 e 24, rispettivamente sulle progressioni economiche e di carriera.

Sotto il profilo pratico, il rilievo di tali innovazioni è più formale che sostanziale, dal momento che come è noto, di fatto il sistema non ha mai operato. Si può sostenere pertanto che la competenza alla distribuzione dei benefici premiali di cui al titolo III, rientrerà nell'autonomia di gestione del dirigente che dovrà assegnarli sempre in modo coerente agli stanziamenti economici della contrattazione collettiva e alle rilevazioni del Sistema di valutazione e di misurazione della *performance*. Si tratta, infatti, di disposizioni indero-

gabili *ex art.* 29, D.Lgs. n. 150/2009, e pertanto, senza una prescrizione del legislatore in tal senso, è da escludere un coinvolgimento in questi casi della contrattazione collettiva⁴⁸.

Resta infine da chiedersi se la contrattazione collettiva sarà in grado di affrontare la sfida e di assicurare un equilibrio al sistema senza incorrere in derive "pan contrattualistiche" e autoreferenziali, inaugurando un nuovo corso ispirato al merito e alla differenziazione nella distribuzione delle risorse premiali⁴⁹. Se ciò non avverrà e se la contrattazione collettiva riprodurrà le logiche del passato, il complesso e farraginoso sistema della valutazione resterà solo un ingombrante orpello burocratico, che invece di traghettare la P.A. verso standard di efficienza privatistica, ne rappresenterà l'ennesimo fardello formalistico⁵⁰.

⁴⁸ *Amplius*, Bellavista, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, cit.

⁴⁹ Rebora, *Quali prospettive per il lavoro pubblico? I problemi irrisolti di 25 anni di riforme*, in *Sviluppo&Organizzazione*, marzo/aprile 2017, 29 e segg., in cui si vedano i commenti al volume *Contrattazione*

collettiva e ruolo dei dirigenti, in *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, a cura di Dell'Aringa, Della Rocca, Bologna, 2017.

⁵⁰ Sul punto si rinvia anche alle considerazioni svolte in *Vera riforma o legge "insaccato"? Uno sguardo alla legge n. 124, articolo per articolo*, in *www.eticapa.it*, 31 agosto 2015.

ERARIO E FALLIMENTO

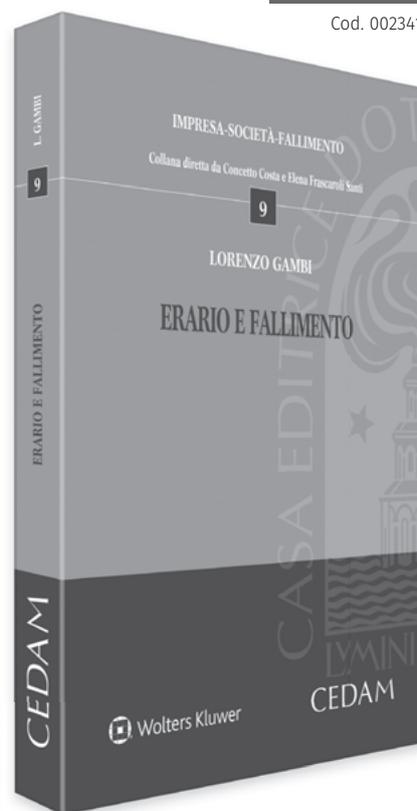
di Lorenzo GAMBÌ

€ 48

Cod. 00234133

L'opera è diretta agli **operatori professionali del diritto** della crisi d'impresa e del diritto tributario, proponendosi di trattare, in una prospettiva d'insieme, i variegati "rapporti" fra i due rami del diritto, sia in relazione ai **principi generali** che informano i due sistemi normativi, sia in relazione ai **profili applicativi** che interessano le singole fasi del procedimento fallimentare (poteri istruttori e d'accertamento in ambito tributario, ammissione al passivo del credito erariale, fiscalità legata alla gestione della liquidazione concorsuale, ecc.).

Sono infine trattati alcuni aspetti particolari del rapporto fra Erario e fallimento (revocabilità ipoteca esattoriale, compensazione fiscale nel fallimento, responsabilità tributaria del curatore fallimentare, ecc.).



COMMENTARIO BREVE AL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

a cura Federico CARPI, Michele TARUFFO

€ 270

Cod. 00217557

La nuova edizione del Commentario Breve al Codice di Procedura Civile e relative disposizioni di attuazione giunge sulle scrivanie degli avvocati italiani, come sempre, dopo ogni importante riforma, per es. esecuzione forzata e giudizio in cassazione per guidarli nella professione quotidiana, verso la migliore interpretazione delle norme e delle cadenze processuali e l'ottimale stesura degli atti. I **commenti** alle norme sono tutti corredati da precisi e continui riferimenti alla **giurisprudenza** più recente, anche di merito, e alla **dottrina** più valida, e se riferiti a norme novellate di recente, ove la dottrina ancora non si sia confrontata o espressa, soccorrono l'operatore le eccellenti interpretazioni d'autore.

L'opera contiene anche una corposa Appendice, con commenti puntuali alle norme dei più comuni ed utili **provvedimenti speciali**, in particolare, al D.lgs. 58/1998 (Tuf) in tema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali e istituzione dell'arbitro per le controversie finanziarie (acf), e alla **L. 8 marzo 2017, n. 24**, sui **giudizi di responsabilità professionale** degli esercenti le professioni sanitarie.

